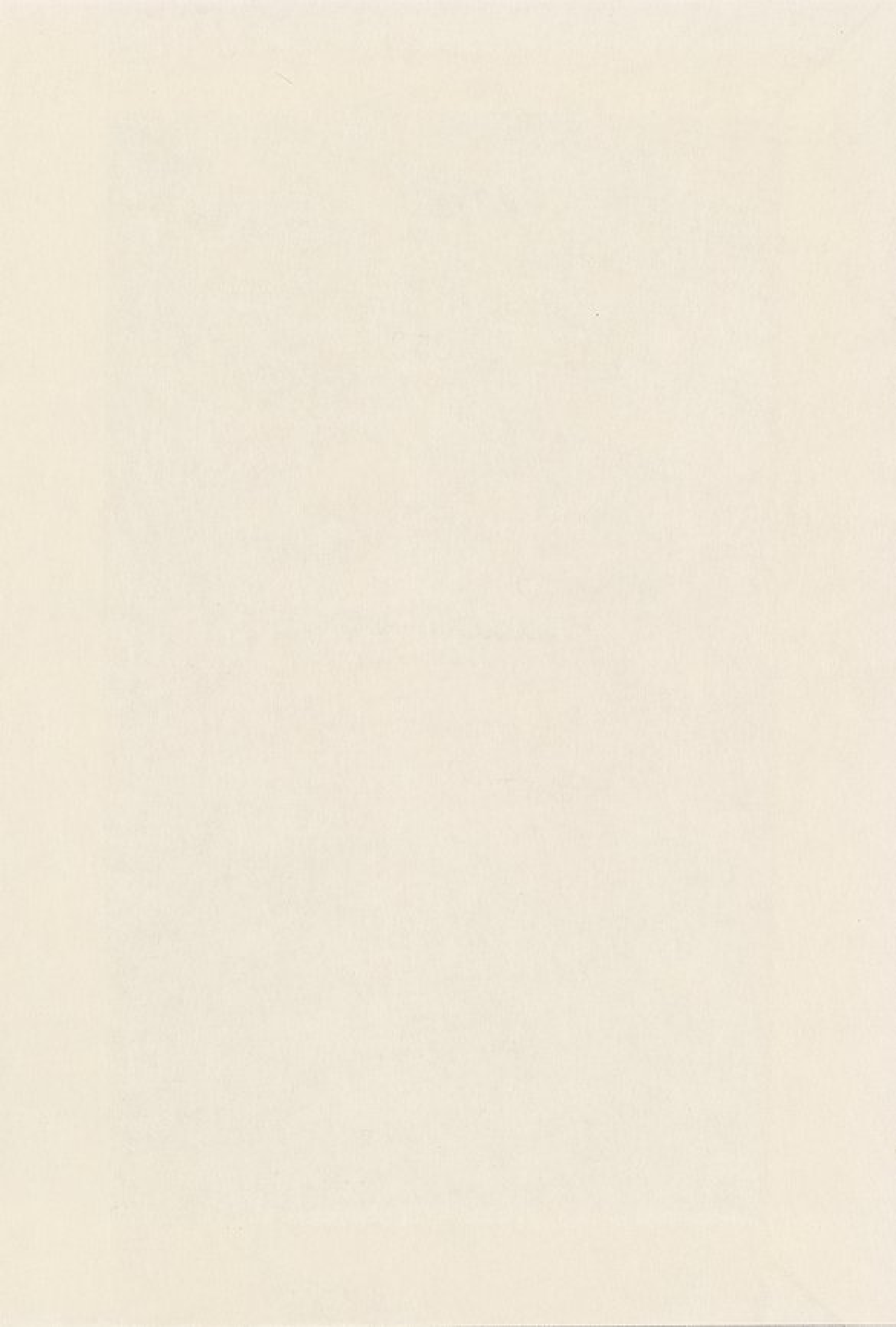
محمد علی التوحیدی

مصباح الفقاهة

فی المعاملات

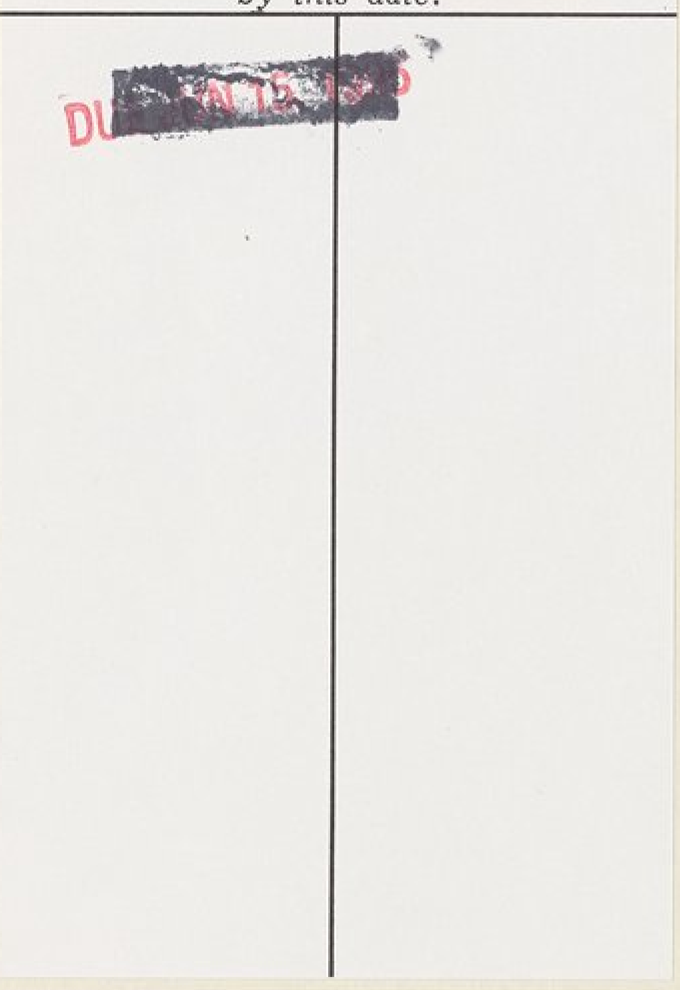
من تقریر بحث الاستاذ الاکبر آیة . . . العظمی
السید ابو القاسم الخوئی
دامت افاضاته

ناشر:
انتشارات وجدانی

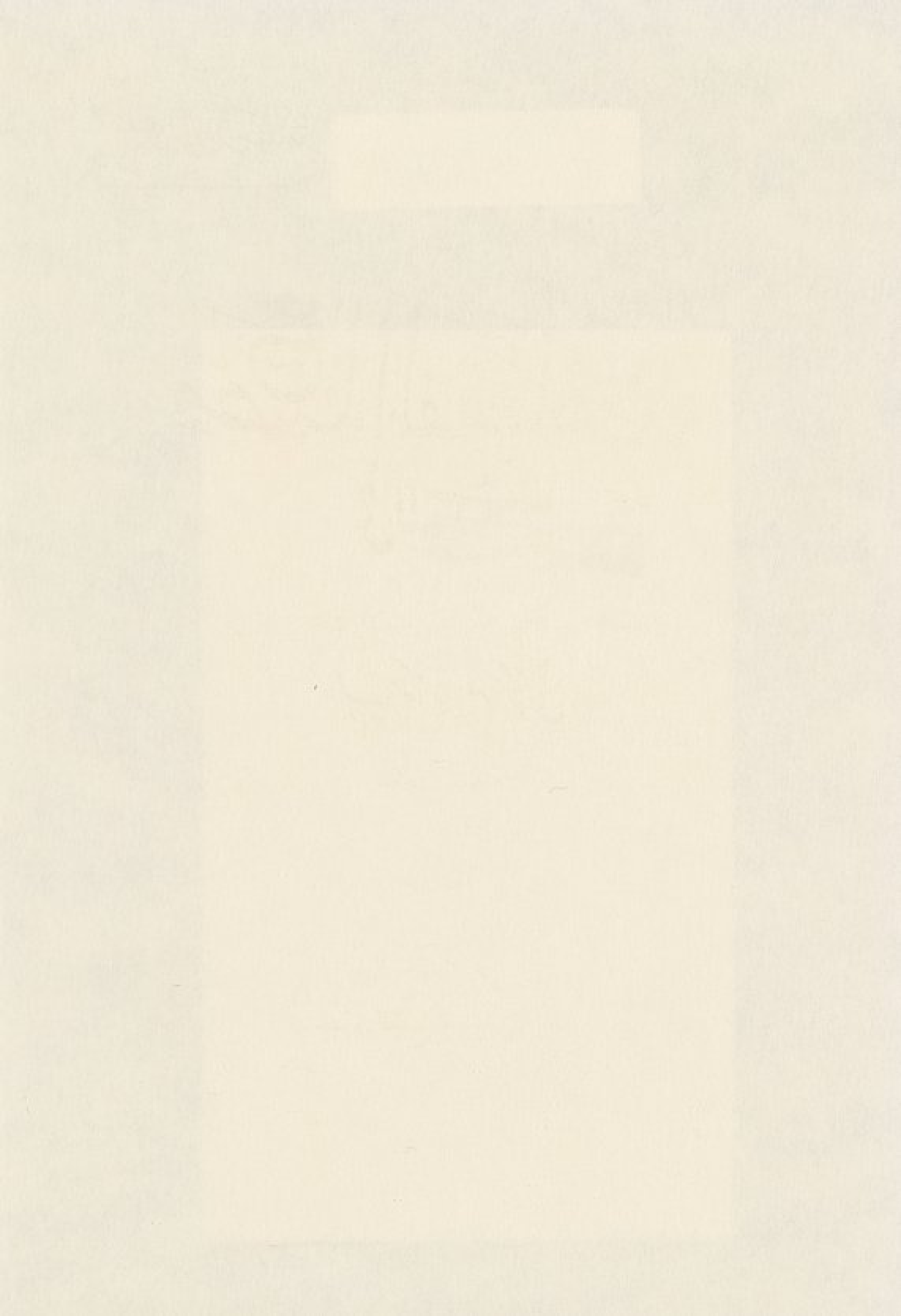




Princeton University Library
32101 061871172



PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY
This book is due on the latest date stamped below. Please return or renew by this date.



Tawhīdī

محمد علي التوحيدي

مصباح الفقاهة

في المعاملات

من تقرير بحث الاستاذ الأكبر آية ... العظمى

السيد ابو القاسم الخوئي

دامت إفاضاته

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وعترته الطاهرين واللعنة الدائمة على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين وبعد فمن أمنن المعالي جلّ شأنه على أن وفق رجالاً علماء وأفاضل يهتمون بحفظ ما ألقي إليهم في محاضراتي تقريراً وتحريراً حرصاً منهم عليها وتحفظاً على المعارف والعلوم الدينية وممن في طليعة هؤلاء جناب الفاضل المهذب الصفي والعلامة المحقق الزكي ركن الإسلام قرة عيني العزيز الميرزا محمد علي التبريزي فإنه دام فضله السامي قد أتعب نفسه مدة طويلة وسهر الليالي في تحرير أبحاثي وتنقيحها في الفنون المتنوعة من الفقه والتفسير والأصول حتى بلغ بفضل الله وحسن توفيقه الدرجة العليا من العلم والعمل وأصبح من العلماء العظام والأجلة الأعلام ولقد سرحت بصري في ما علقه على كتاب المكاسب لشيخ مشايخنا العظام أستاذ الفقهاء والمجتهدين المؤسس المجدد آية الله العظمى الشيخ مرتضى الأنصاري قدس الله تعالى أسراره فأعجبني غوره في التحقيق والتدقيق وسعة اطلاعه على مصادر الروايات ومواردها وما كتبه دام فضله وتأييده واف بأبحاثنا وكاف بتوضيح ما حققناه فليحمد الله وليشكره على ما أنعم به عليه والله يختص برحمته من يشاء إنه واسع عليم والحمد لله أولاً وآخراً

أبو القاسم الموسوي الخوئي

في ١٣ شهر رجب ١٣٧٣

نام کتاب : مصباح الفقاهة

نویسنده : محمد علی توحیدی

ناشر : انتشارات وجدانی

نوبت چاپ : اوّل

تاریخ نشر : زمستان ۱۳۶۸

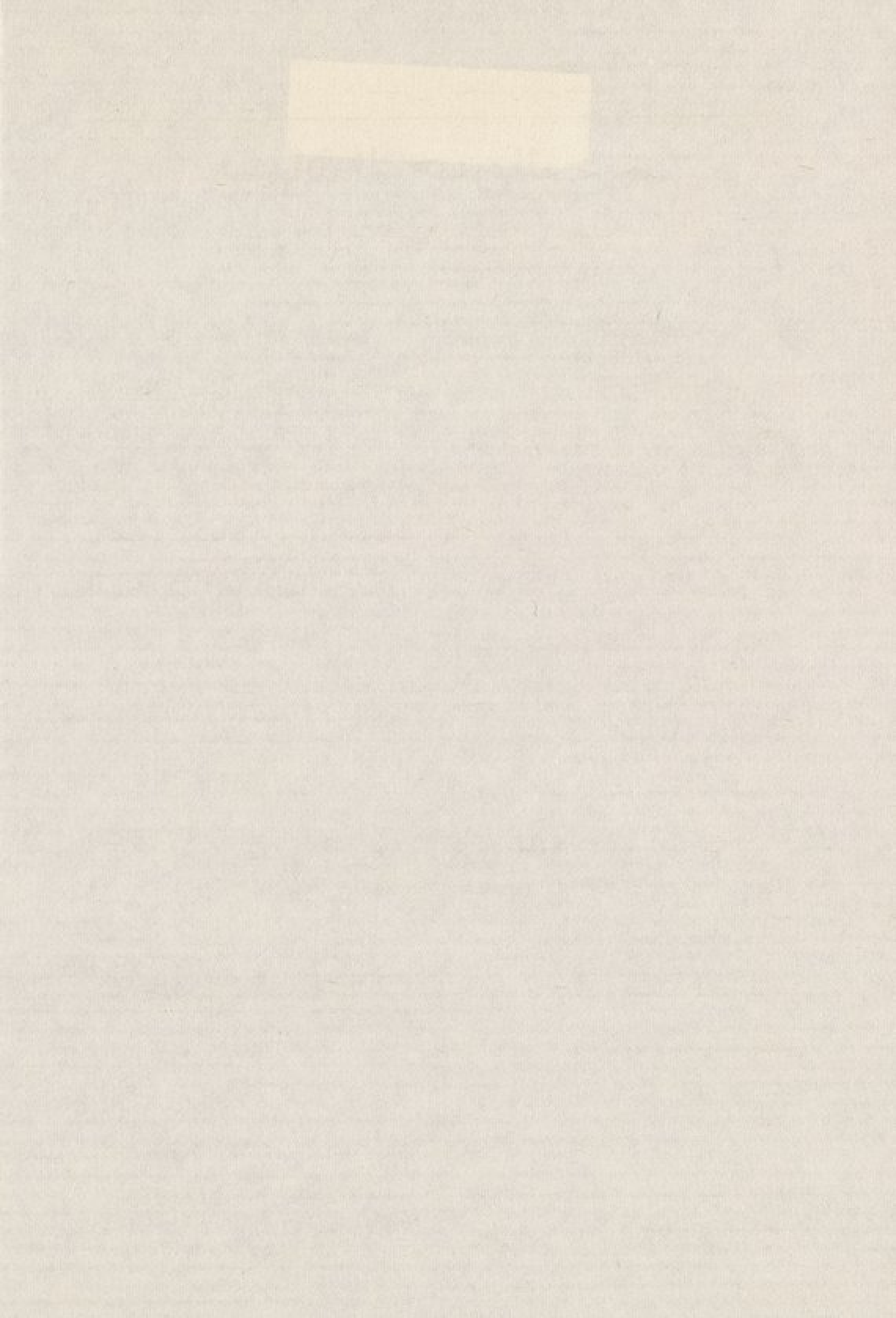
قطع : وزیری

چاپ : چاپخانهٔ مهر

تیراژ : ۲۰۰۰

قیمت : ۱۴۰۰ ریال


PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY
32101 016539601



بسم الله الرحمن الرحيم

قوله : (مسئلة : لو باع ما يقبل التّملك وما لا يقبله كالخمر والخنزير صفقة بثمن واحد) .

أقول : لو باع ما يملك وما لا يملك قسطّ الثمن اليهما فيصحّ فيما يملك ولا يصحّ فيما لا يملك على المشهور لوجود المقتضى ، وعدم المانع اما وجود المقتضى فلأنّه وان كان بيعا واحدا ولكنّه منحلّ الى بيوع متعددة فيبطل بالنسبة الى ما لا يملك فيصحّ فيما يملك للعمومات المقتضية لذلك من اوفوا بالعقود ، وتجارة عن تراض ، و احلّ الله البيع ، ويدل على الصحة مضافا الى ماذكرناه من كون الصحة هو مقتضى القاعدة خبر الصفّار المتقدم فانه وان ورد فى مايملك وما لا يملك من القرية وليس متعرّضا الى بيع ما يقبل التّملك وما لا يقبل التملك ولكن جواب الامام(ع) عن السائل بقوله(لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب اشتراء من البايع على ما يملك) يشمل ما نحن فيه ايضا ، فان الظاهر منها ان اجتماع مايصحّ بيعه مع ما لا يصّح بيعه لا يوجب البطلان وانّما ينحل البيع الى بيوع : عديدة فيبطل فى بعضه ويصح فى بعضه الاخر ، فلا يسرى بطلان احدهما الى الاخر فكأنّ هنا بيعان أحدهما صحيح والاخر باطل ، فهل يتوهم أحد اضرار احدهما بالاخر نعم انما تخلّف عن الصحيح اشتراط الانضمام فقط فهو لا يوجب الاّ الخيار فقط .

واما المانع فذكر بوجوه فكلّها غير قابلة للمانعية االأول : أن البيع الواحد والمعاملة الواحدة غير قابلة للّتبعيض فلابد اما من القول بالصحة مطلقا فهو غير ممكن أو القول بالبطلان كذلك فهو المطلوب .

وفيه ان بيع ما يقبل التملك مع لا يقبله كبيع مايملك مع ما لا يملك وان كان واحدا بحسب الصورة الاّ انه متحلّ الى بيعين قد أبرزا بمبرز واحد

فهما متحدان في المبرز والمظهر فقط ، والاّ فواقع ذلك هو التعدد فابرازهما مبرز واحد لا يوجب انقلابهما الى الواحدة .

نعم ، لا ينكر اشتراط كل منهما بانضمامه الى الاخر في ضمن العقد ، فيكون التخلف موجبا للخيار دون البطلان كما سيأتي في باب تخلف الشرط وقدعرفت نظيره في بيع ما يملك وما لا يملك اعني اجتماع الفضولي مع غيره .

الثاني : انّ العقد انما وقع بالمجموع من حيث المجموع فالاجزاء ليست بمقصودة فيبطل البيع في الاجزاء لعدم القصد فيها .

وفيه انه ظهر جوابه مما تقدم اذ بعد انحلاله الى بيوع متعددة و شمول العمومات لكل منها فيكون كل منها مقصودا أيضا غاية الامر أنه مقصود بشرط الانضمام الى الآخر فيثبت للمشتري خيار تخلّف الشرط الضمني فقط كما لا يخفى .

الثالث : أنّ من شرائط البيع ان لا يكون الثمن او المثمن مجهولا والاّ فيبطل ففي المقام لا يعلم أن ما وقع في مقابل ما يقبل التملك أي مقدار من الثمن فيفسد لذلك .

وفيه أن الجهالة من حيث هي لا تمنع عن صحة البيع لعدم الدليل عليه ، وانما تكون مانعة فيما تستلزم الغرر الذي نهى عنه في البيع ، و في المقام ليس البيع غرّريا لاقدام المشتري على ذلك ، فينتفي عنه الغرر ، بل ربما يقال بان الجهالة وان كان موجودة حال العقد ايضا مع العلم بعدم امضاء الشارع ذلك العقد ، ولكنها لا تكون مانعة بعد ما كانت بالتقسيط اذ المدار في الصحة ان لا يكون البيع غرريا بجهالة الثمن او المثمن حين التسليم والتسلم وعلى تسليم كونها مانعة عن صحة البيع بنفسها ، فانما تمنع حين انعقاد البيع وتحققه وان من شرائط ان لا يكون الثمن او المثمن فيه مجهولا وامّا الجهالة الناشئة من عدم امضاء الشارع فلا تكون مانعة عن صحة البيع

اذ لا دليل على مانعيتها الآ النبوى المعروف ، نهى النبى عن بيع الغرر أو الغرر كما فى مرسلة العلامة ، فقد عرفت مافيه من عدم الغرر هنا ٠

واما الاجماع فهو دليل لبّى فالمتيقن منه هى الجهالة عند البيع لا الجهالة الناشئه من عدم امضاء الشارع كما هو واضح ، ففى مانحن فيه ان الخمر والخنزير من الاموال العرفية والمعاملة عليهما صحيحة فى نظر العرف ولكن حيث الغى الشارع ماليتهما ولم يمض بيعهما فنشأ الجهالة من ذلك فلا تكون موردا للاجماع ومن هنا يعلم ان بطلان البيع فى الخمر والخنزير يوجب جهالة ثمن الشاة والخل واضح المنع ٠

وبالجملة فشئ من الوجوه المذكورة لا تصلح للمانعيّة عن صحة البيع فى الجزء الذى يقبل التملك ٠

نعم فى المقام شئ آخر وهو انه بناء على فساد البيع بفساد الشرط او اشتراط الشرط الفاسد فيه ، فالبيع يكون باطلا فى مايقبل التملك ايضا بيان ذلك ان جمع الشيئين فى بيع واحد وان كان بحسب الصورة واحدا و لكن بحسب الانحلال انهما بيعان كما عرفت ولكن كل منهما مشروط بانضمامه بالاخر ، فبظهور بعض اجزاء المبيع خمرا اوخنزيرا ينعدم ذلك الشرط و يتخلّف لكونه فاسدا فكأنّ فى الحقيقة ان بيع الخل اوالشاة مشروط بانتقال الخمر أوالخنزير الى المشترى نظير اشتراط شرب الخمر ونحوه من المحرمات فيكون البيع باطلا للشرط الفاسد كما هو واضح ٠

ولكن سيأتى فى باب الشرط ان فساد الشرط او اشتراط الشرط الفاسد فى البيع لا يوجب بطلانه بوجه ، بل يوجب ثبوت الخيار للمشروط له على المشروط عليه ٠

وقد خالف شيخنا الاستاذ فى ذلك وقال بعدم جواز قياس فساد الجزء

بفساد الشرط وقال ولو قلنا بأن فساد الشرط يوجب فساد العقد المشروط به الاّ أنه لا يمكن قياس فساد الجزء عليه لأن الشرط لا يقع بازاء شيء من الثمن ، بل يوجب زيادة قيمة المشروط فاذا قيد به وكان فساده موجبا لعدم امكان تحققه فالعقد المقيد لم يتحقق وأما الجزء الفاسد فحيث أن الثمن يوزّع عليه وعلى الجزء الآخر ففساده لا يقتضى الاّ ردّ الثمن الذى وقع بازائه أى يفسد العقد بالنسبة اليه دون الجزء الآخر الصحيح الغير المقيد بما لا يمكن تحصيله اوتحققه ٠

ولكنه من عجائب الكلام كيف فبعد ما انحل ذلك الى بيوع متعددة فلا يوجب الاجتماع الاّ فى اشتراط كلّ منهما بالآخر فيكون من صغريات الشرط الفاسد ولكن الذى يهوّن الخطب ان الشرط الفاسد لا يوجب فساد المشروط كما سيأتى فى محلّه ٠

قوله : (نعم ربما يقيّد الحكم بصورة جهل المشترى) ٠

اقول : الذى يظهر من الشهيد هو أن فى صورة العلم يكون بعض اجزاء المبيع ممّا لا يقبل التملّك ان الثمن يقع فى مقابل المملوك فيكون مجموعه للبايع فليس للمشترى أن يرجع اليه بالنسبة الى ما وقع فى مقابل الخمر أو الخنزير ٠

وفيه انك عرفت ان مجموع الثمن انّما وقع بازاء مجموع المثمن فابرز بمبرز واحد ولكن بحسب الانحلال ينحلّ الى بيعين فيكون ذلك نظير بيع الشاة والخنزير مستقلّه اذن فلاوجه لبطلان البيع فى صورة الجهل و صحته فى صورة العلم لوقوع الثمن كلّه بازاء المملوك بل يقسّط الثمن اليهما ٠

نعم بناء على ما تقدم فى بيع الغاصب من ان المشترى مع علمه بالغصب يسلّط البايع الغاصب على ماله مجانا فليس له الرجوع اليه فى صورة التلف ، بل قيل بعدم الرجوع حتى فى صورة عدم التلف فله وجه ولكن عرفت

بطلانه وعدم صحة ذلك المبنى ايضا وان المشترى يرجع الى الغاصب مطلقا مع انك عرفت ان مقدار من الثمن انما وقع بازاء ما لا يقبل التملك لما قلنا من صحة التقسيط .

نعم ، بناء على ماذكر فى بيع الغاصب فيكون المقام نظيره لو باع الخنزير فقط مع العلم به اذ ليس هذا الآ تسليط الغير على ماله مجانا و اما كيفية التقسيط فقد عرفت طريقه من ان كلا من المملوك وغير المملوك يقوم منضّما الى الاخر فيسترد من الثمن بنسبة قيمة غير المملوك الى المجموع من اصل الثمن فيرجع فى تقويم الخمر والخنزير هنا الى المستحّل فهذا واضح ، وانما الكلام فى انه لوكان المبيع هى الشاة مع الخنزير او الخلّ مع الخمر فالامر كما ذكر ولكن لو باع الشاة والخنزير ببيع واحد اوالخلّ والخمر كك باعتقاد الخلية والشاتية فهل يقوّم الخنزير بتلك الهيئة شاة و الخمر خلا او يقوّمان بصورتهما النوعية ، فقال شيخنا الانصارى بالاول و هو كك لانه انما باع الخل والشاة فظهورهما على خلاف ماقصده البايع وباع على ذلك القصد لا يكون مناطا فى التقسيط .

وقد اشكل عليه شيخنا الاستاذ بانّ العناوين من قبيل الدواعى فلا يوجب تخلفّها تبدل الموضوع بل يتقدم الاشارة الواقعة الى الخارج على العنوان ، فلابد وان يقدم الخنزير بعنوان الخنزيرية وهكذا الخمر بما انها خمر لا بعنوان الشاتية والخليّة .

وهذا من عجائب الكلام ، فانه بعد ماكان المبيع هى الشاة أو الخل ولو كان الواقع على خلافه فلاوجه لتقويمهما على خلاف المقصود ، بل يقوم كل من الخنزير والخمر بعنوان الشاتية والخليّة بما انهما شاة وخل كذلك .

بل ربما يوجب ذلك تضرر المشترى كما اذا كان قيمة الخنزير اقل من

قيمة الشاة وربما يوجب تضرر البايع كما اذا كان اكثر ، بل ربّما يوجب الجمع بين الثمن والمثمن كما اذا كان قيمة الخنزير عند مستحله ضعفي قيمة الشاة فكل ذلك مما لا يمكن الالتزام به .

وبالجملة لو باع مايقبل التملك ومالا يقبل ، فالوجه هنا هو الصحة بالنسبة الى مايقبل التملك والفساد فى غيره فيقسط الثمن اليهما .

نعم ، لوكان ما لا يقبل التملّك خارجا عن حدود المالية العرفية و لم يصدق عليه المال فى نظر العرف ايضا كما لا يصدق عليه ذلك فى نظر الشرع كبيع الشاة مع الخنفساء او مع سائر الحشرات الارضيّة توجّه القول بالبطلان لغرر المذكور فيكون الثمن الواقع فى مقابل المملوك مجهولا من الاول لعدم التقسيط حتى يعلم ذلك به ، و لا يكون غرريا اذ ليس بيع الخنفساء بيعا من الاول فانه حتى بناء على النظر العرفى مبادلة مال بمال بناء على اعتبار المالية فالخنفساء ونحوها ليس من الاموال حتى يتحقق عنوان المبادلة اذن فالوجه هو التفصيل فى المسئلة ، فالقول بالصحة فى ما يقبل التملك و البطلان فيما لا يقبله بالتقسيط لو كان مالا يقبله ايضا من الاموال فى نظر العرف ويكون التبادل عليه من مصاديق مبادلة مال بمال كالخمر والخنزير اذ هما من الاموال العرفية واما لو لم يكن ذلك من الاموال العرفية ، فالوجه هو البطلان للجهالة والغرر اذ لا يعلم من الاول ان ما وقع فى مقابل المملوك اىّ مقدار من الثمن فتكون المعاملة غرريا ، و قد نهى النبى صلى اللّه عليه وآله و سلم عنه .

قوله (ره) : يجوز للاب والجدان يتصرّفا فى مال الطفل بالبيع و الشراء .

أقول : قدعرفت ان من جملة شرائط المتعاقدين ان يكون مالكين

للعوضين أو من ينوب منابه و قد عرفت حكم بيع غير المالك فضولة وتحقيق الحق فيه ،و ان بيع المالك ماله عن نفسه مما لا اشكال فيه ،و اما الوكيل فكك لاستناد فعله اليه وكك المأذون .

وبعبارة اخرى ان البيع اما تقع من المالك او من غيره ،اما الاول فلا شبهة فى صحته ،واماالثانى فتارة يكون ذلك برضاء المالك اولا ، فعلى الاول فذلك الغير اما يكون وكيلا فيه من المالك ، او مأذونا فيه من قبلهاو لا ،اما الأولان فلا اشكال ايضا فى صحة البيع لاستناده الىالمالك خصوصا اذا صدر من الوكيل لكونه نائبا عنه ونازلا منزلته فى فعله فاذا صحّ فى المأذون ففى الوكيل يصحّ بالاولوية ،اما غير الوكيل والمأذون فان لحق به الاذن من المالك بالاجازة ورضى بفعله فهو الذى تقدم الكلامفيهمفصلافى البيع الفضولى ،وقلنا بالصحة ،والاّ فيحكم بالبطلان ،و اما لا يكون فيه رضا المالك او رضى ولكن لم يكن لرضائه تأثير فى نظر الشارعفهو مورد الولاية فهى على انحاء منها ولاية الأب والجدوثبوتها لهما فىالجملة على الصغير من ضرورى الفقه ومورد الاجماعوالسيرة المستهرة القطعية كما يطلععليهمن تتبعالابواب المتفرقة فى الفقه كتاب النكاح لصراحة الاخبار فيه فى ثبوت ولايتهما على تزوج اولادهما الصغير وكتاب المضاربة فان فيه ماورد على ولايتهما فىجعل المضاربة فى مال الولدوفى باب الحجر قدورد ما دلّ على حجر الطفل الصغيرعن ماله دون الولىّ الى غير ذلك منابواب الفقه ويؤيد ذلك ماورد فى باب الزكاة مما دلّ على ثبوتها فى مال اليتيم اذ التجربة الولى وربح اذ لولم يكن له ولاية على ذلك لماجاز له التصرف فى ماله بالتجارة بل هذا مما قامت به السيرة العقلائية اذ ليسذلك مخصوصا بالشريعة الاسلامية بل جارية فى غيره من الشرايع ايضا واستدل المصنف

على ذلك بفحوى سلطنتهما على بضع البنت فى باب النكاح و الظاهرانه لا باس بهٰذه الاولوية وان ناقشنا فيها فى البيع الفضولى وقلنا ان اهتمام الشارع المقدس بعدم وقوع الزناء والصفاح يقتضى عكس ذلك الاولوية ٠

والوجه فى جهة الفرق بين المقامين هو ان الكلام فى السابق من حيث نفس الفعل الخارجى الموجود فيه وقيل هنا ان اهمية الفروج تقتضى بطلان الفضولى فى النكاح وان كان صحيحا فى البيع وسائر العقود لاحتمال ان لا يقع واقعا فيكون زنا ،فالاحتياط يقتضى عدمه لعلا يقع الزنا وقلنا ان الاحتياط كان يقتضى عكس المطلب وان كان فيه خلاف الاحتياط ايضا فى نفسه ،ولكن محذوره اقل من الاول فانه يحتمل مع الحكم بالبطلان ان يقع النكاح واقعا فيكون الزنا بذات البعل بخلاف العكس فانه مع عدم الوقوع فلايكون زنا الاّ بغير ذات البعل ،وبالجملة وجهة الكلام هناك كان مختصا فى بيان عنوان الفعل الواقع وجهته ،وهذا بخلاف المقام ،فان الكلام هنا ليس فى بيان وجهة الفعل الواقع، بل فى كون الغير الاجنبى سببا فى تحقق الفعل وايجاده من الاول ففى مثل ذلك اذا صحّ ولاية الاب والجد على الاولاد الصغار فى النكاح وكونهم سببا فى ايجاد التزويج بينهم مع كونه من اهم الامور فلاشبهة فى جواز ولايتهم ونفوذ امرهم فى سائر العقود ايضا بالاولى ٠

ثم انه يقع الكلام فى جهات: الاولى : هل يعتبر العدالة فى الولى الاب والجد ،فلو كانا فاسقين لا ينفذ تصرّفهما فى حق الصغار كما ذهب اليه صاحب الوسيلة والايضاح او لا تعتبر كما ذهب اليه المشهور، بل يظهر من التذكرة الاجماع على ذلك٠

واستدل عليه المصنف بالاصل والاطلاقات،فان ظاهر عطف الثانى

على الاول ،هو ذلك لا ان المراد من الاصل هى الاطلاقات كما لا يخفى و لكن لا نعرف معنى لذلك الاصل اذ ليس المراد منه هى اصالة البرائة قطعا لانه ليس هنا تكليف حتى ينفى بذلك ، بل لوكان فالمراد به هو الاستصحاب فان كان المراد به هو الاستصحاب النعتى بان يقال ان الولاية كانت فى زمان و لم تكن مشروطة بالعدالة فكك الحال الاستصحاب فلا شبهة انه لم يكن لذلك حالة سابقه اذ ليس زمان تكون الولاية ثابتة ولم تكن مشروطة بالعدالة حتى نستصحبها فان كان المراد منه هو أصل عدم الازلى المحمولى لسلم من اشكال عدم وجود الحالة السابقة الآ ان المصنف لا يقول به ليمكن تطبيق كلامه به ، بل لا يمكن الالتزام بجريانه هنا ايضا اذ لا شبهة ان الولاية بالنسبة الى عدم التقيد بالعدالة او التقيد بها ضرورىّ لاستحالة الاهمال فى الواقعيات فهما متضادان فجريان الاستصحاب فى نفى التقيد المسمّى بالعدم المحمولى ليس اولى من جريانه فى الطرف الاخر بعد فرض تضّاديتهما وبالجملة فاصالة عدم النعتى غير جارية لعدم الحاله السابقة فعدم المحمولى وان كان ليس عنه مانع بحسب نفسه على المذهب المختار ولكنه لا يجرى للمعارضة .

اذن فلايمكن الالتزام بثبوت الولاية المطلقة الغير المقيدة بالعدالة بواسطة الاصل ، بل مقتضى الاصل هو عدم ذلك اى عدم نفوذ تصرفاته فانه ثبت بالادلة القاطعة حرمة التصّرف فى مال الغير ، الآ باذنه فالخارج منه يقينا صورة كون الغير وليا عادلا فيبقى الباقى تحت الاصل .

نعم ، ما ذكره من الاطلاقات فى محلّه اذ هى غير مقيدة بعدالة الولى بل الولاية الثابتة بها للأب والجد مطلقة وليس فى المقام ما يصلح تقيده الا ما ذكره صاحب الوسيلة والايضاح حيث استدلا على عدم ثبوتها للأب و

الجد الفاسقين بالاية واستظهر المصنف ان المراد منها قوله تعالى : ((ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار)) وضعّفه ·

ووجه الضعف هو ان المراد من الركون فيها ليس الركون فى الامور الدنيوية ، بل المراد به فيها هو الركون فى الامور الدينية ويدلّ على ذلك من الآية ذيلها من قوله تعالى : ((فتمسكم النار)) حيث ان ذلك نتيجة الركون الى الظالم فى الامور الدينية لا فى الامور الدنيويه والآفلازمه عدم جواز توكيل الفاسق فى الاموال الشخصية للبالغين الراشدين وكونه من المحرّمات الشخصية فهو بديهىّ البطلان ولا انه يجوز تأمين الفاسق وجعل الوديعة عنده ·

ويحتمل بعيدا أن تكون المراد من الاية قوله تعالى: ((ان جائكم فاسق بنبأ فتبيّنوا)) كما يظهر ذلك من قوله واخباراته عن غيره ·

وفيه انه يظهر الجواب عنه من الاية السابقة وان المراد من ذلك ليس مايرجع الى الجهات الشخصية ، بل مايرجع الى الجهات النوعية الدينية كما يدل على ذلك ايضا ذيل الاية من قوله تعالى : ((لئلا تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على مافعلتم نادمين)) وان لازمه عدم قبول اخبارات الشخص فى حق نفسه من الاقرار ونحوه كما تقدم من عدم جواز ان يجعل الفاسق امينا من امواله مع انه لم يدل دليل على حرمته ·

ومن هنا يظهر انه لاوجه لتوهم استحالة اخذ قول الفاسق وجعله امينا فى اموره ، وانما يحرم ارجاع الامور الدينية اليه اذن فلاوجه لرفع اليد عن تلك المطلقات الكثيرة بمثل هٰذا الامور الظنية وتوهم الايضاح ان ذلك خلاف حكمة الصانع ، بل يجوز الارجاع الى الفاسق بديهى الفساد كما عرفت فانّ ذلك له وجه فى الامور الدينية لا الامور الدنيوية على انه ولو كان

الأب والجد فاسقين الا ان رافتهما على الاولاد اكثر بمراتب من رأفة جميع العدول عليه اذ فی الاب والجد من الشفقة الذاتية والرأفة الطبيعية بالنسبة الى اولادهم ما لا ينكر ولو كان فاسقا .

نعم ، لوكان الأب والجد من الفاسقين الظالمين على الطفل بحيث يقامرون باموال الصغار ويشترون به الخمر ويشربون وغيرذلك من الاتلافات البيّنة لخرج بذلك عن جواز التصرّف فيها ونصب الحاكم الشرعی وليّا آخر أو ناظرا لهم حفظا لهم لئلا يكون ظلما عليه ، ولكن هذا أمر آخر غير ما نحن فيه .

على ان الظاهر من الاية ان الفاسق لا يقبل قوله من دون التبّين و التفحصّ وهذا لا ينافی قبول قوله من جهة الولاية ما لم يعلم صدور الخيانة منه ، فالولی وان كان فاسقا يقبل قوله فی حق الصغار لولايته .

وأما الجهة الثانية وهی اعتبار المصلحة فی تصرّفات الولیّ فهل يعتبر ذلك كما ذهب اليه ابن ادريس وشيخ وبعض آخر اولهما الولاية مع اعتبار عدم المفسدة فی التصرّف وان لم يكن فيه صلاح اصلا كتبديل ماله بمال آخر بلا صلاح ، او لا يعتبر شیء من ذلك ، بل لهما الولاية عليه على وجه الاطلاق كما ذهب اليه المصنف فی اول كلامه اويفصّل بين الاب والجد بالالتزام بنفوذ امر الجد مطلقا دون الأب كما يظهر من آخر كلام المصنف وجوه .

واستدل المصنف على عدم الاعتبار وثبوت الولاية على الاطلاق بالاخبار الواردة فی اثبات الولاية على الطفل للاب والجد فانها مطلقة وغير مقيدة بشیء مما ذكر .

وفيه اولاّ ان اطلاقاتها غير تمام فان عمدتها ما دلّ على ان الابن ماله للأب وقد ذكر ذلك فی جملة من الروايات وعلّل نفوذ امر الاب على الولد بذلك فی بعضها ولكن لا دلالة فيها بوجه على المدعی فانّ من البديهی

ان المراد بها ليس ماهو الظاهر منها من كون الابن وما بيده من متملكات ابيه ، وبكون الفرض من اللام هو الملك ليكون الابن كعبد الأب و البنت كالجارية ، بحيث يجوز له بيعها ولو حجر يكون حقّ الغرما متعلقا بمال الولد ايضا ، وهذا المعنى مقطوع البطلان كيف مضافا الى ماذكرنا انه ورد في بعض الروايات ان الاب لو احتاجت الى جارية الابن يقوم على نفسه بقيمة عادلة ثم تصرّف فيها بمايشاء وانه يجوز له الاستقراض من مال الولد فلوكان الابن وماله من الاموال ملكا للأب والجد لما كان تقويم الجارية على نفسه بقيمة عادلة والاستقراض من ماله وجه بوجه فانه لامعنى لاستقراض المالك من ملكه او تقويم ماله على نفسه .

ومن هنا ظهر انه ليس المراد بتلك المطلقات كون اموال الولد للوالد حقيقة أو تنزيلا بحيث يفعل فيها مايشاء ثم ليس المراد من تلك المطلقات ثبوت الولاية لهما على الولد كما توهم اذ مورد بعضها هو الولد الكبير ، كالرواية المتضمّنة لشكاية الولد الى النبي (ص) من ابيه وما تضمن تقديم تزويج الجد على الأب في البنت معللا بان الجد أب للأب و البنت وغيرهما فلاشبهة في عدم ثبوت ولاية الأب والجد على الولد الكبير ، بل هومستقل في التصرّف في امواله كيف يشاء وايضا لاوجه لتوهم ان المراد منها ثبوت جواز الانتفاع للأب والجد فانه مضافا الى مخالفته بثبوت جواز الاستقراض من مال الولد وتقويم الجارية للابن على نفسه ان جواز الانتفاع من اموال الاولاد لا يدّل على ثبوت الولاية عليهم .

والحق انها اجنبية عن المقام وانما هي راجعة الى بيان امر اخلاقي ناشيء من امر تكوينيّ فانّ الولد بحسب التكوين موهبة من اللّه تعالى للاب ومقتضى ذلك ان لايعارض في تصرفاته ويكون منقادا بامره ونهيه ويؤيد ذلك

ما فى علل عن محمد بن سنان فى تفسير قوله تعالى: ((يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء ذكورا)) ان الولد موهوب من الله وهبة للأب وعلى هذا ليس من الانصاف ان يعارض ما هو هبة للانسان للموهوب له ، بل منقضى الاخلاق هو التحرك بتحريك الأب لكونه له أى هبه له و تحفة من الله تعالى اليه واذن فلادلالة فى اطلاقها على ماذهب اليه المصنف من عدم اعتبار المصلحة فى تصرّفات الولى وما ترى من جواز تصرف الجد والأب فى مال الولد واخذهما منه من جهة كون انفاقهما عليه مع الاحتياج فلاربط لذلك الى جهة الولاية بوجه ، نعم لا ينكر الاطلاق لبعض ما ورد فى باب النكاح من جواز عقد الجد والأب للابن بدون اذنه وللبنت بدون اذنها اذ ليس فيه نقيد بصورة وجود المصلحة فى التصرف ولكن سيأتى جوابه ٠

وثانيا على تقدير وجود المطلق كماهو كك لبعض ماورد فى باب النكاح من جواز تزويج الاب الابن بدون اذنه او تمامية اطلاق الروايات المتقدمة كما زعمه المصنف(ره) فلابدّ من تقييدها بصورة وجود المصلحة بصحيحة ابى حمزة الثمالى فانها دلّت على عدم جواز تصرفات الولى فى مال الطفل بدون المصلحة لقوله (ع) لا نحب ان يأخذ من مال ابنه الاّ مايحتاج اليه مما لابدّ منه ثم استدل (ع) بقوله تعالى : ((ان الله لا يحب الفساد)) فلا شبهة ان قوله (ع) لا نحب وان كان لايدّل على الحرمة ولكن بضميمة استشهاده(ع) قوله تعالى ((ان الله لايحب الفساد)) يدل على الحرمة اذ لاشبهة ان الفساد ليس قسما منه مكروها وقسما منه حراما بل هومتمحّض بالحرمة ٠

ونظير ذلك رواية الحسين بن ابى العلا فى الدلالة على عدم جواز اخذ الزائد مما يحتاج اليه فبها تقيد تلك المطلقات، و لا شبهة أن مورد

الروايتين الخاصتين واذ ن هو الاموال ولكن ثبوت التقييد فيها يدل على ثبوته فى باب النكاح ايضا بالاولوية اذ كما ان ثبوت الولاية فى باب النكاح للأب والجد دل على ثبوتهافى غير باب النكاح بالاولويّة لكون النكاح اهم و هكذا ثبوت التقييد فى غير باب النكاح يدل على ثبوته فى باب النكاح ايضا اذ مع عدم نفوذ تصّرفات الولى فيما لا يكون فيه صلاح فى الاموال ففى الاعراض بالاولى لكونها اهم ويؤيد ثبوت التقييد ماورد فى تقويم الجارية على الولى بقيمة عادلة وجواز اقتراض الولى من مال الولد اذ لو كان تصّرفات الولى نافذا فى حق الطفل مطلقا لم يكن وجه للتقويم بقيمة عادلة ، بل كانت القيمة النازلة ايضا وافيا وكذلك لم يكن وجه للقرض ، بل كان يكفى اخذه بأى نحو شاء هذا مع انه يمكن منع تحقق الاطلاق فى باب النكاح بحسب نفسها ايضا اذ الولاية للأب والجد على الاولاد لاجل حفظهم عن وقوعهم بالمضرات و توجهها اليهم ، و اما لو اوجبت الولاية توجه الضرر اليهم فمن الاول يمكن القول بعدم جعل الولاية فيه وخروجه عن مورد الروايات تخصصا بل هذا هو المتعين اذ لا يمكن القول بولاية الأب والجد على تزويج اولادهم كيف شاؤوا وان كان فيه ضرر عظيم موجب لتضرّره اذ ن فليس هنا اطلاق اصلا من الاول فضلا عن احتياجه الى المقيد .

وبالجملة انها ناظرة الى اصل جعل الولاية لهما مع ما فيهما من الرأفة للاولاد وليس فيها اطلاق الى سائر الجهات ، واما اعتبار المصلحة فى تصرفاتهم بان يلتزم بعدم كفاية مجرّد عدم المفسدة فى ذلك ، بل لابد من وجود المصلحة فى تصرفاتهم وقبل بيان ذلك لابدّ وأن يعلم انه يجوز تصرّف الولى لأنفسهم فى مال الطفل وان لم يكن فيه المصلحة ومن هنا يجوز قرض الولى من مال الطفل وتقويم جاريته على نفسه مع عدم وجود المصلحة فى ذلك

للطفل بوجه وهذا بالنسبة الى نفس الاولياء مما لا شبهة فى جوازه واما اعتبار المصلحة فى غير مايرجع الى شؤونهم فاستدل عليه بقوله تعالى ((و لا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن)) حيث ان التقرب الى ماله بلا مصلحة فيه ليس باحسن فلا يجوز .

وبالجملة كان كلامنا فى ولاية الأب والجد وقد اختيار المصنف عدم اعتبار شىء فى ولايتهما للاولاد وقربه شيخنا الاستاذ فى الدورة الاخيرة وتمسك المصنف فى ذلك بالاطلاقات الواردة فى خصوص الولاية و جعلها لهما فان الظاهر فيها ان امر الاولاد وامر اموالهم راجع الى الجد والاب

وقد رئت انها اجنبية عن المقام لان المذكور فى اكثرها ان الابن ماله للاب فلاشبهة فى عدم امكان ارادة المالكية الحقيقية منها ليكون اللام للملك بحيث يبيع للابن او يوجرها من الغير فيوخذ اجرته وثمنه او يأخذ امواله ويفعل فيها مايشاء خصوصا مع ملاحظة ما فى بعضها من كون موردها الابن الكبير الذى لا ولاية لهما عليه اجماعا وكيف وقد ورد فى بعض الروايات تقويم الجارية للابن على نفسه والتصّرف فيها وفى بعضها الاخر اخذ القرض من مال الولد فلاشبهة فى عدم جريان ذلك فى اموال شخص المالك بالنسبة الى نفسه ولا يجوز ان يراد من تلك الاخبار المالكية التنزيليّة لماعرفت من عدم مالكيّة الاب والجد على الاولاد واموالهم بوجه ، بل لا يجوز ولا يتهم على بعض مافى تلك الروايات كالولد الكبير فلامعنى للتنزيل هنا ايضا كما لا يخفى بان ينزل اموال الاولاد بمنزلة ماله فى جواز التصرف فيها و فى انفسهم بالاجارة والبيع والشراء واكل اموالهم واجراء مايجرى على ماله بحيث يكون مال الطفل ونفسه من جملة امواله حقيقة اوحكما بلاوجه ، و لم يفتوه به أحد فيمانعلم ، بل هى ناظرة الى جهة الاخلاقى كماعرفت لما ذكر فى

بعض الروايات ان الولد هبة موهوبة للاب فلا ينبغي ان يعارضه في التصرفات وماورد من جواز اخذ الاب والجد من اموال الولد مع الاحتياج ليس من جهة الولاية ، بل من جهة وجوب انفاق الاب على الولد مع الاحتياج كعكسه كك ٠

فليس في تلك الروايات بحسب نفسها اطلاق وعلى تقدير ثبوت الاطلاق فيها كما ثبت في جملة من اخبار النكاح في تزويج الاب و الجد الابن والبنت لكونها مطلقة من حيث ثبوت المصلحة وعدم ثبوتها في النكاح فلابد من تقييدها برواية الثمالي لانها صريحة في عدم الولاية مع الفساد كما هو مقتضى استدلاله (ع) بالاية وان تصرفات الجد والاب في هذه الصورة محرمة وبرواية الحسين بن ابي العلا فانها لاتدل على اخذ الاب من مال الطفل الاّ بمقدار قوته وعدم جواز التصرفات المسرفة فيه فلو كان لهما ولاية على الطفل حتى مع المفسدة في التصرف لما كان لهذا النهي وجه وعليه فنقيد بهما الروايات المطلقة حتى الواردة في باب النكاح ولا يضر اختصاص موردهما بالاموال لانه اذا ثبت التقييد في ذلك فيثبت في النكاح بالاولويه لكونه اهم في نظر الشارع، بل يمكن منع تحقق الاطلاقات في باب النكاح ايضا من جهة انها ناظرة الى جعل الولاية للاب والجد وكون ولاية الثاني مقدمة على الاول بما لهما من الرأفة الطبيعي لاولادهم بان يعاملوا معاملة مال نفسهم في حفظه وعدم التصرفات المتلفه فيه فاصل جعل الولاية لهذا الموضوع مشعر لهذه الحكمة والعلة وعلى هذا فتصرفاتهم الموجبة لتلف اموالهم وتضرّرهم بما لاينبغي ينافي لذلك الحكمة والملاك فتنقلب على العكس ٠

وبالجملة ظاهر جعل الولاية للاب والجد على الاولاد لرأفتهما على

الطفل لكونه هبة له وموهوبا عليهم من قبل الله تعالى كما اشير الى ذلك فى جملة من الروايات فلا تعرض فيها لصورة المفسدة لكونها على خلاف الرأفة فلا اطلاق فيها ايضا وقال بعض مشائخنا المحققين بوجود المقيد فى باب النكاح ايضا حيث ورد فى بعض روايات جعل الولاية لهما فى باب النكاح ان ترويج الجد يتقدم اذا لم يكن ضرر فان مفهومه يدل على عدم الولاية له مع الضرر فيكون مقيدا للمطلقات فيها .

وفيه ان المفهوم وان كان موجودا ولكنه عدم الولاية مع الضرر ، بل المراد به نفى اولوية الجد وتقديمه على الاب عند الضرر وهذا غير مربوط بالرواية فلا يكون ذلك مقيدا للاطلاقات فى باب النكاح .

الجهة الثانية : فى انه اذ اعتبرنا عدم جعل الولاية لهما فى صورة وجود المفسدة فى تصرفات الأب والجد فهل يعتبر زائدا على ذلك اعتبار المصلحه فى تصرفات بحيث لا يجوز تصرّفهم اذا خلا عنها ولو لم تكن فيه مفسدة ام لا يعتبر ، وقد تقدم ان التصرفات الراجعة الى نفس الولى ولو لم تكن فيها مصلحة جائزة بلا اشكال وانما الكلام فى غيرها وقد استدل على الاعتبار بوجوه :ـ

الاول : ان طبع المطلب وجعل الولاية لهما يقتض ذلك فان ذلك لأجل ان يتصّرف فى اموالهم بما من المصلحة من التجارة و التبديل و الاّ فمجرّد التصرّفات اللغوة بلا وجود ثمرة فيه فلايجوز وبالجملة ان حكمةجعل الولاية للاب والجد بحسب الطبع هى جلب المنافع له ودفع المضارعنهلكون الأب والجد بحسب الطبع هكذا بنسبة الى اولادهم والآفمجرد كون شىء ذى صلاح لغير الطفل وان لم يكن فيه صلاح له لا يجوز التصرفات فى فعله

وبالجملة ان جعل الولاية لهما عليه ليس الاّ لحفظ الولد و ماله و

دفع المضار عنه وجلب المنفعة اليه والآ فلايجوز التصرف فى ماله و لو لم يكن فيه مفسدة ·

وفيه ان هذا وان كان بحسب نفسه تماما ولكن لا يتم فى جميع الموارد لامكان ان يكون الصلاح فى ذلك الجعل راجعا الى الولى ·

وبعبارة اخرى تارة يلاحظ فى جعل الولاية لهما صلاح المولى عليه فيجرى فيه ذلك الحكمة ·

واخرى يلاحظ حال الولى فلاشبهة انا نحتمل الثانى ايضا اذن فلا دافع للاطلاقات الدالة على جعل الولاية لهما عليه حتى فى صورة عدم المصلحة فى تصرّفهم ، بل يكفى مجرّد الشك فى ذلك ايضا ولا يلزم العلم بعدم اعتبار المصلحة فى ثبوت الولاية لهما عليه عند عدم المصلحة فى التصرف ·

الثانى : دعوى الاجماع على الاعتبار وفيه ان المحصل منه غيرحاصل والمنقول منه ليس بحجة لمخالفة جملة من الاعاظم فى ذلك ، بل نحتمل استناده الى الوجوه المذكورة هنا لعدم الجعل فى صورة عدم المصلحة فلا يكون هنا اجماع تعبدى كاشف عن رأى الحجة ·

الثالثة : قوله تعالى ((ولا تقربوا مال اليتيم الآ بالتى هى احسن)) وهذه هى العمدة فى المقام بدعوى ان التصّرف الخالى عن المصلحة فى مال اليتيم ليس تصرفا حسنا فيحرم للنهى عن التقرب اليه ، فان اطلق اليتيم على من مات امه كما ليس ببعيه فتشمل الآية لكل من الاب و الجد ، و الآ فتختص بالجد ويتم فى الأب بعدم القول بالفصل اذن فنرفع اليد عن الاطلاقات الدالة على ثبوت الولاية لهما مطلقا حتى مع المصلحة ·

وفيه أن الآية عام لكل احد سواء كان ابا او جدا ام غيرهما فانها

تنهى عن التقرب بمال اليتيم لكل احد فنخصصها بالروايات الدالة على جعل الولاية للاب والجد ولو مع عدم المصلحة فيه وليس بينها عموما من وجه حتى يعمل بقواعده لانحصار الموضوع فى الروايات بالأب و الجد فقط وعمومه فى الاية وان كان الامر كك مع ملاحظة الحكم ولكن الحكم وارد على الموضوع الواحد فقط فى الرواية وعلى المتعدد فى الاية فافهم.

ومن هنا يظهر الجواب عمّا ذهب اليه المصنف اخيرا من التفصيل بين الأب والجد والقول بثبوتها للجد دون الأب لعدم اطلاق اليتيم على من مات امه لتشمل الاية لهما فانه مضافا الى اطلاق اليتيم على من مات امه انك علمت سابقا ان ولايتهما ثابتة فى النكاح على الابن والبنت، و فى الاموال بالاولى فلا نحتاج الى الاستدلال بالاية على ثبوت الولاية حتى يمنع عن شمولها للأب فتختص بالجد فقط وسيأتى الكلام فى هذه الجهة.

الجهة الثالثة : بعد الفراغ عن اعتبار عدم المفسدة فى تصرفات الأب والجد فى مال الولد، فهل هذا شرط فى عالم الاحراز فلو احرز فى مورد عدم المفسدة فباع مال الولد فبان وجود المفسدة فى ذلك فلا يبطل البيع وينفذ التصرف او هو شرط فى الواقع فلو كان مورد مفسدة واقعيه فلم يحرز او احرز عدمها فاقدمه فيكون باطلا او انهما من الشرائط معا فلو احرز المفسدة ومع ذلك اقدم على التصرّف فبان كونه صلاحا اذ لو لم يباع لكان تلفا اوأحرز الصلاح فاقدم فظهر عدم الصلاحية فيكون تصرّفه هذا صحيحا.

نعم لو احرز المفسدة فى مورد فاقدم على التصرّف فظهر كما احرزه فيكون فاسدا.

والظاهر هوالوجه الاخير وقبل بيان وجهه فلابدّ وان يعلم انهذه الجهة لم يحرز فى كلامهم، بل لم يذكر الاّ بنحو الرمز والاشارة فنقول قد

علمت ان المقيد للاطلاقات كان خبر الثمالي ،فانه اعتبر عدم الفساد في تصرّفات الأب والجد في مال الطفل ،وهو كالمعصية قائم بامرين احدهما الوجود الواقعي وثانيهما احرازه اى تنجزه لا يقال انّ فلانا افسد اوفعل فعلا فاسدا ،كما ان الامر كك في عنوان المعصية حيث ذكرنا فيسفرمعصية في تحققها امران احدهما ان يكون ما سافر لاجل الغرض المعلوممعصية والثاني علم المسافر بذلك وتنجز التكليف في حقه بحيث يكون المنجز هو الحكم الواقعي في حقه . فلو سافرت المرأة بدون رضاية الزوج فبان انها مطلقة فلا يكون سفرها معصية اوسافرت بزعم انها مطلّقة فبان خلافهافليس سفرها سفر معصية ايضا وانما يكون سفر معصية مع اجتماع الامرين .

وبالجملة فما لم يتحقق كلا الامرين لا يتحقق المعصية كما انهمععدم تحقق الفساد الواقعي واحرازه في التصرف لا يقال ان تصرّف الولي كان مفسدا .

وعلى هذا فيكون المقيد لتلك الاطلاقات المثبتة للولاية للأب و الجد في خصوص كون تصرفهم مفسدا لمال اليتيم مع العلم به وما لم يتنجز ، فلا مانع من التمسك بالاطلاقات والحكم بثبوت الولاية لهما .

وكان الكلام في الجهة الثانية فهي اعتبار المصلحة زائدا عن اعتبار عدم المفسدة في ولاية الأب والجد.

وقد استدل على ذلك بوجوه :ـ

الاول : دعوى الاجماع على ذلك وفيه انه بعد ذهاب المتأخرين الى عدم اعتبار شيء فيها الآعدم المفسدة ،بل ذهاب بعض آخر الى عدم اعتبار شيء فيها لا يبقى مجال لدعوى الاجمال ليكون اجماعا اصطلاحيّا تعبديا وكاشفا عن قول المعصوم(ع) . الثاني دعوى ان الحكمة في جعل

الولاية للأب والجد ليس الاّ جلب المنفعة للطفل ودفع الضرر عنه ، و الاّ فتكون لغوا .

وفيه ان هذا وان كان تماما فى غير الاب والجد ولكنه لا يتم فيهما لامكان ان تكون الحكمة فى جعل الولاية لهما ملاحظة حالهما من الشفقة الذاتية والرأفة الطبيعية الموجودة فيهما بالنسبة الى الاولاد ، وانهما لا يقدمان على ضرره وان كان فى بعض الاحيان يفعلون فى اموال الطفل ما يرجع الى نفعهم كما ثبت ذلك فى النص ايضا كالاقتراض من مال الطفل وتقويم جاريته على نفسه فانه أى نفع فى ذلك للولد ، بل قد ورد جواز الاكل من مال الولد مع الاحتياج وان كان هذا من جهة الاتفاق و لذا قيدنا هذه الجهة فى اول المطلب بان المراد فى اعتبار المصلحة فى تصرفهما التصرفات الراجعة الى غير الأب والجد والاّ فيجوز لهما ان يتصرفا فى اموال الطفل تصرّفا لا صلاح ولا فساد فيه للطفل ، بل للولى فقط ، كالاقتراض وتقويم جاريته على نفسه والتصرّف فيها وكيف كان لا يستفاد من حكمة الجعل الاّ كون اعتبار المصلحة فى التصرفات الراجعة الى غير الولى لا فى التصرّفات الراجعة اليهم ، بل ثبت جواز اخذهما من مال الطفل بقدر الاحتياج .

الثالث : الاية المباركة ((ولا تقربوا مال اليتيم الاّ بالتى هى احسن)) التى هى العمدة فى المقام وقلنا فى الامس تبعا للشيخ ان الروايات الدالة على ثبوت الولاية للأب والجد مقيدة للاية ومخصصة لها لكونها مطلقة من حيث اعتبار المصلحة فيها وعدم اعتبارها وانما الثابت اعتبار عدم المفسدة فى ذلك كما تقدم فلا تدّل الاية على المدعى .

وفيه ان لهذا الكلام مناقشة واضحة اذ الروايات المثبتة للولاية عليهما

على طائفتين :ـ

الاولى : مادل على كون الأب مالكا للأبن وماله ·

والثانية : مادل على ثبوت الولاية لهما فى النكاح و جواز تزويجهما الولد·

اما الطائفة الاولى فبناء على دلالتها على مالكية الاب والجد للولد و ماله اما حقيقة او تنزيلا بان يعامل معه وماله معاملة مال نفسه ، وان لم يكن مالكا حقيقة وان كان تماما ولكن نمنع دلالتها على هذا كما عرفت، اذ مورد بعضها الولد الكبير فلا شبهة فى عدم ولا يتهما عليهم و على مالهم و ايضا ثبت جواز اقتراض الولى من مال الولد وتقويم جاريته على نفسه مع انه لا معنى لأن يقترض الانسان من مال نفسه وان يقوم مال نفسه على نفسه ·

وبالجملة ان السيرة العقلائية والشرعية وان اقتضت ثبوت الولايه للأب والجد على الاولاد ولكن السيرة القطعية ايضا قامت على عدم جواز المعاملة مع مال الطفل معاملة مال نفسه خصوصا الكبار منهم ·

واما الطائفة الثانية فالاطلاق فيها تمام فى باب النكاح بالمنطوق خصوصا فى رواية الكافى يجوز أمر الأب والجد فى النكاح من غير تقييد ، بكونه صلاحا له فنتعدى الى غير باب النكاح بالاولوية كما عرفت بل تلك الاولوية منصوصة فانه عليه السلام بعد ما سئل عن تصرّف الولى فى مال الطفل فقال فهل يجوز نكاح الولى ؟ قال السائل نعم ، فقال عليه السلام : فكيف لا يجوز تصرّفه فى الاموال ، ولكن مع ذلك لا يمكن تخصيص الاية بها لا من جهة الاشكال فى الاطلاقات ومنع تحققها ، بل من جهة ان الكلام فى مقدار ثبوت الولاية بها وجواز تصرفاتهم أى الاولياء فى مال المولى عليه فان الظاهر من الآية أن التصرفات الغير الحسن ليست بجائزة واطلاقات الروايات جوازها

مع عدم المفسدة فيها فيقع التعارض فى مورد ليس فيه صلاح للولد ولا فيه مفسدة وليس راجعا الى الولى ايضا كالاقتراض ونحوه لما عرفت جوازه بالنسبة الى الولى.

اذن فلايمكن المساعدة على ماذهب اليه المصنف من القول بالتخصيص ولكن للمناقشة فى ذلك ايضا مجال واسع لمنع دلالة الاية على ثبوت الولاية وكونها اجنبيّة عن المقام نعم لوكانت دالة فالامر كماذكرناه من العموم من وجه.

وتوضيح منع الدلالة بعدمالم نجد رواية فى تفسير الاية ولا تعرضا لها فى آيات الاحكام ان ظاهر الاية هوالنهى تكليفا فى التسلط على مال اليتيم وتملّكه واكله بالباطل وذلك لما ذكرنا فى بحث التفسير ان النهى عن التقرب يختلف باختلاف الموارد فاذا تعلق بالافعال نظير ((لا تقربوا الزنا و لا تقربوا الفواحش)) ونحوهما يقيد حرمة الفعل وكونه بنفسه محرّما واذا تعلق بالاعيان يدّل على عدم التسلط عليها وحرمة اكلها ومبغوضيّة تملكها اذن فالنهى عن التقرب بمال اليتيم نهى تكليف لا نهى وضعى يقيد عدم نفوذ التصرّف كالبيع والشراء والمراد بالباء هو باء السببية نظير الباء الذى قلنا بالسبّبية فيه فى آية ((التجارة عن تراض)) والمراد بالتى ليس هو التقرب والاّ لما كان وجه للتأنيث، بل هى اشارة الى الطريقة الوسطى الاسلامية او الى الشريعة الواضحة المحمدية كما عبّر عن ذلك فى آية أخرى بالمعروف ونهى عن اكل مال اليتيم الاّ بالمعروف وعليه فتكون الاية نظير آية التجارة نهيا عن أكل للمال بالباطل الاّ بالطريقة الوسطى وبالاسباب الشريعيّة فلاتكون مربوطا بالبيع والشرى وبجهة الولاية وانما ذكراليتيم هنا لكون أكل المال بالباطل من مال اليتيم كثرا لعدم الدافع عنه كماذكرذلك

فى بعض التفاسير ايضا ،بل لا بد من احراز من يجوز له التصرف ليكون تصرفه بوجه حسن وبالطريقة الوسطى من الخارج فلاشبهة فى دلالة المطلقات على ثبوت الصغرى ومن له التصرف للاب والجد فتكون تصرفاتهم من الطريقة الوسطى وبالشريعة الحسنة.

ولو تنزلنا عن تخصيص الاية بالنهى عن التقرب التكليفى واردنا من ذلك مطلق النهى اعم من التكليفى والوضعى ،بان يكون المراد بها النهى عن التقرب باموال اليتيم تكليفا ووضعا ويكون ذلك التقرب حراما تكليفا و غير نافذ وضعا فايضا تكون الاية خارجة عن صحة البيع من الولى مع المصلحة او بدونه وتصرفات الولى لما ذكرناه من الوجه من كون المراد بالباء السببية ومن التى الطريقة الوسطى والشريعة دون التصرّف الحسن فى مال اليتيم فأى شخص يجوز له التصرف و أى شخص لا يجوز له ذلك ،فلابدّ وان يحرز من الخارج اذن فالروايات محرزة لذلك كما عرفت.

وبالجملة فالاستدلال بالاية انما يتوقف على مقدمتين على سبيل منع الخلو كلتاهما ممنوعة :ــ

الاولى : ارادة النهى التكليفى من النهى عن التقرب بمال اليتيم و قد عرفت ضعفه.

والثانية :ان يراد بالتى هى احسن التصرّف الحسن ليدلّ على جواز التصرف للولى فى مال الطفل عند وجود المصلحة له ،وقدعرفت منعه أيضا اذن فلا يبقى للآية دلالة على المدعى فضلا عن القول بالتخصيص بالروايات او ايقاع المعارضة بالعموم من وجه ،بل هى اجنبيّة عن جهة الولاية بالمره فضلا عن تلك القيل والقال فافهم.

الجهة الرابعة :هل الحكم مختص بالجد الدانى او يعم العالى

أيضا ؟ فاظاهر الاطلاقات هو الثانی، اذ لم يفصّل فيها بين العالی والدانی بل مقتضی قوله (ع) فی رواية الكافی يجوز امر الاب والجد وكذا غيره عدم الفرق بين الاجداد وان الجد وان علا يشارك الأب فی الولاية عرضا علی ان مقتضی الاخبار المتقدمة الدالة علی ثبوت الولاية للاب معللا بانك ومالك لابيك فان الظاهر منها بحسب الاستغراق ان كل أب مالك لابنه و ماله انما سری الحكم فكل أب عال مالك للأب النازل وما فی يده، لكن الاب النازل مالك لابنه وماله بالقياس استثنائی فيكون الأب العالی ايضا كك وبالجملة فالعمدة فی المقام هو الاطلاقات والزائد عن ذلك مؤيدات.

الجهة الخامسة: فی انه اذا فقد الأب فهل الحكم بولاية الاجداد عرضی فلكل واحد منهم ولاية فی عرض الاخر او طولی بمعنی ان الاقرب منهم يمنع الاّ بعد ربما يتوهم الثانی لاية الارث ((فاولوا الارحام بعضهم اولی ببعض)) فكما ان الجد الاقرب الی الميت يمنع عن الابعد فی الارث فكك هنا ايضا ولكن الظاهر ان الاية واردة لحكم الارث ولا تشمل الولاية فكل منهما مقام غير مربوط بالاخر، بل مقتضی الاطلاقات فی باب النكاح ايضا عدم الفرق فی ذلك وكون كلهم مشتركين فی ثبوت الولاية لهم فی عرض الاخر مع وجود الأب وفقده خصوصا رواية الكافی يجوز امر الجد والاب فی النكاح ولم يوقف ولاية الجد علی عدم الاخر مع عدم الأب او مع وجوده وكك فی الاطلاقات الاخر وهذا مما لا اشكال فيه وانما الكلام فی نفوذ ولاية الجد مع عدم الاب حيث انه ذكر ثبوت الولاية فی المطلقات للجد مع الاب فيمكن الحدس منها انه مع فقد الأب ليس للجد ولاية علی الطفل اصلا.

وبالجملة ان الكلام فی الجد يقع فی جهات ثلاثة: الاولی: فی انه هل ثبت الولاية لغير الجد الادنی من الاجداد او يختص الحكم بالجد الأدنی

او يعم الاجداد الاعلون ايضا مورد بعض الروايات الدالة على ثبوت الولاية للجد وان كان هو الجد الأدنى كالرواية الدالة على تقديم تزويج الجد على الأب وبعضها الاخر ولكن اطلاق جملة منها على مطلق الاجداد لا ينكر كرواية الكافى يجوز امر الجد والأب الشامل لمطلق الاجداد وغيرها وذكر الجد مع الاب لا يكون قرينة لارادة الجد الادنى فقط، ففى هذه الطائفة المطلقة غنى وكفاية، بل مقتضى التعليل لثبوت الولاية على الاب، بأن انت ومالك لابيك اذ هو شامل بنحو القضية الحقيقية وبعنوان الاستغراق على كل الاجداد، بل يتأكد الحكم كلما تتصاعد الاجداد.

وبالجملة مقتضى طائفة من المطلقات هو ثبوت الولاية للاجداد الاعلون كما تثبت للجد الادنى ايضا، وان كان مورد بعضها خصوص الجد الادنى الاّ ان فى غيره غنى وكفاية.

الجهة الثانية: هل يختص ولاية الجد بحال حيات الاب اوثبت له مطلقا كما هو المشهور بين المتأخرين ولو فى حال الممات ايضا مقتضى الاطلاقات هو عدم الفرق بين حال الحيات وحال الممات، كرواية الكافى و غيرها، بل مقتضى التعليل بقوله انت ومالك لابيك هو ذلك ايضا فلا وجه لتخصيصها بصورة الحيات، نعم يظهر من رواية فضل بن عبد الملك تقيدها بصورة الحيات فقط، فان فيها سئل عن تزويج الجد ابنة ابنه فقال عليه السلام اذا كان الأب حيّا والجد مرضيّا فلا باس، فان الظاهر منها انه اعتبر فى ولاية الجد امران الاول ان يكون الأب حيّا والثانى ان يكون مرضيّا وظاهر المرضى كونه مرضيّا فى دينه ودنياه فتكون دالة على اعتبار العدالة فى ولاية الجد وقد ورد هذا اللفظ فى امام الجماعة ايضا واريد منه العدالة فبالاولوية تثبت اعتبارها فى ولاية الاب ايضا وعليه فما تقدم منا من عدم اعتبار العدالة

فى ولاية الأب والجد على الطفل بلا وجه لو صحّت الرواية حيث ورد اعتبار ها هنا وان عللوا الحكم هناك بوجه عقلّى كما عن الايضاح وغيره و انمظاهر فى عدم وجود الرواية هنا وقد نقل المجلسى فى شرح الكافى عن بعضهم اعتبار العدالة فى ولاية الاب والجد اعتمادا على هذه الرواية .

والكلام فى هذه الرواية يقع من جهتين :ـ

الاولى : فى سندها .

والثانية :فى دلالتها.

اما الاولى فسند الرواية من غير جهة جعفر بن سماعة بن موسى وان كان تماما لكونهم ثقات وان كان بعضهم واقفيّا رمى الرواية المجلسى الى الضعف من جهة الوقف واما جعفر بن سماعة فهو ضعيف فتكون ضعيفا من جهته وفى الرجال الكبير اتحاده مع جعفر بن محمد بن سماعة المسلم الوثاقة وانما حذف لاجل الاختصار وعليه فتكون الرواية موثقة و قيّد بها جميع المطلقات مع ثبوت دلالتها وتختص ولاية الجد بصورة حيات الأب .

ولكن هذا فاسد فيكفى فى نفى الاتحاد وضعف الروايةمجرد احتمال التعدد .

وبعبارة اخرى انما يجوز العمل بالرواية مع ثبوت وثاقتهفبدون الاحراز لايجوز العمل بها ،فمجرّد كون جعفر بن محمد بن سماعة ثقه لا يوجب كون جعفربن سماعة ايضا ثقة للاتحاد لاحتمال ان يكون هنا جعفران أحدهما ابن السماعة والاخر ابن ابنه ،فهو ليس ببعيد اذن ،فالرواية ضعيةالسند كما فى المرات شرح الكافى .

الجهة الثانية :فى دلالتها وقد وقع الخلاف فى ان المفهوم فى قوله عليه السلام اذا كان الأب حيّا جاز ،هل هو مفهوم الشرط أو هومفهوم الوصف

فحكى الاول عن صاحب الجواهر والثانى عن غيره ، وان كان الثانى بان يكون ثبوت الولاية للجد بوصف التزويج لابنه ، فاذا انتفى الوصف انتفى الولاية اذ القيد جاء لبيان تحقق الموضوع فليس من قبيل مفهوم الشرط فانه مثل ان رزقت ولدا فاختنه فلا مفهوم فى الرواية لتدل به على عدم الثبوت عند موت الأب وان كان من قبيل مفهوم الشرط فتدلّ على ذلك وقد اختار شيخنا المحقق الاول واشكل فى المفهوم الشرط من جهة القيد جئ به لبيان تحقق الموضوع وان نفوذ العقد وجوازه فيما اذا كان الجد يزوج ومع عدم الزواج فليس هنا عقد حتى ينفذ او لا ينفذ فيكون سالبة بانتفاء الموضوع نظير ان رزقت ولدا فاختنه وان ركب الامير فخذ ركابه وامثال ذلك والظاهر ان المقام من قبيل مفهوم الشرط ومع ذلك لا يدّل على المقصود و توضيح ذلك ان القيد فى القضية الشرطيّة تارة يجيئ لبيان تحقق الموضوع فقط كقولك ان ركب الامير فخذ ركابه ان رزقت ولدا فاختنه فمع عدم الركوب و الارتزاق لا موضوع للحكم اصلا فضلا عن ثبوت المفهوم .

واخرى يكون القيد مولّيا وجئ به بعنوان المولويّة كقولك ان جاء زيد فاكرمه اذ المجيئ قيد للاكرام ولكنه ليس بالتكوين ، بل بالمولويّة فهذا لا شبهة فى ثبوت المفهوم فيه ودلالة انتفاء القيد على انتفاء الحكم .

وثالثة تكون القضيّة الشرطية مركبة من امرين أى يكون فيها قيدين أحدهما مولوى والاخر تكوينىّ كما اذا قال ان رزقت ولدا و كان متصفا بوصف كذا فتصدّق بدرهم فان قيد الارتزاق تكوينى ولكن قيد اتصافه بوصف كذا مولوى فبالنسبة الى القيد الذى لبيان الموضوع فلا مفهوم لها ، و اما بالنسبة الى القيد المولوى فللقضيّة مفهوم وهذه كبرى كليّه قد نقّحناها فى الاصول والمقام من هذا القبيل فان قوله عليه السلام ان زوّج الجد ابنقا بنه

وكان ابوه حيّا بالنسبة الى قيد التزويج ،فالقضية سيقت لبيان الموضوع فلا مفهوم لها مع انتفاء القيد واما بالنسبة الى القيد الاخر وهو كون الأب حيّا والجد وصيّا فالقيد مولوى فتدل على المفهوم فينتفى الحكم عند انتفاء القيد اذن فلا وجه للاشكال على الرواية من ناحية مجيئ القيد لبيان تحقق الموضوع.

بل الوجه فى عدم دلالتها على المفهوم وعلى اعتبار حيات الأب فى ثبوت الولاية للجد هوان القيد أعنى كون ابوه حيّا لم يذكر مولويّا ولتقييد الولاية وتخصيصها بخصوص حياة الأب بل ذكر للتنبيه على خلاف العامة من تخصيصهم ولاية الجد بصورة موت الأب وانه مع وجود الأب لا تصل النوبة الى الجد،فهذا الذى ذكرناه وان كان فى نفسه خلاف الظاهر من الرواية ولكن مع ملاحظة ماالتزم به العامة وملاحظة الروايات الاخر حيث صرح فيها بولاية الجد مع حيات الاب تكون الرواية واضحة الدالة على المدعى.

الجهة الثالثة :هل تختص الولاية بعد موت الأب بالجد الادنى أو يعم الجد الاعلى أيضا ،الظاهر عدم الفرق فى ذلك بين حياه الأب و مماته فان ثبت الحكم لجميع الاجداد ثبت مطلقا ،و الآ فلا ،الظاهر هو الاول لوجود المقتضى وعدم المانع ،اما الاول فلان اطلاقات باب النكاح مع التعليل المذكور فى الروايات من قوله عليه السلام انت ومالك لابيك عدم الفرق بين الاجداد فى ذلك واما عدم المانع فلأن ماتوهم من المانع ليس الآ قوله تعالى ((واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فى كتاب اللّه)) فعموم الاية يشمل الولاية ايضا فتثبت الولاية على الاجداد عند موت الأب بالطول وان كانت ثابتة حال الحياة بالعرض للاطلاقات المقيدة لعموم الاية ولكن بعد الموت فلا مقيد فتخصص الحكم بالجد الادنى الدالة على ثبوتها لمطلق الاجداد مطلقا سواء كان الأب حيا أو ميتا ،وفيه أن الاية وردت فى الارث

فلا يجوز التمسك بها في المقام مع ماعرفت ·

الكلام في ولاية الفقيه

قوله(ره) من جملة اولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف ، أقول وقبل الخوض في المسألة لا يخفى ان الافتاء من مناصب الفقيه ، بل يجب له الافتاء مع الرجوع اليه واجتماع شرائط الافتاء فيه كما يجب له القضاء بل هو من شئون الافتاء وهذا مما لا شبهة فيه ،وانما الكلام في التكلم في مقامين على ما تكلم فيهما المصنف ·

وبعبارة أخرى ان للفقيه ثلاثة مناصب ،أحدها الافتاء فيما يحتاج اليه الناس في عملهم ومورده المسائل الفرعية والموضوعات الاستنباطية و هذا مما لا شبهة في وجوبه على الفقيه اذ للمكلف اما يجب ان يكون مجتهدا أو مقلدا أو عاملا بالاحتياط ،فاذا رجع المقلد الى الفقيه يجب عليه الافتاء نعم بناء على عدم وجوب التقليد لا يجب الافتاء وتفصيل الكلام موكول الى باب الاجتهاد والتقليد ·

الثاني : الحكومة والقضاوة فلاشبهة في ثبوت هذا المنصب له أيضا بلا خلاف كما بيّن في بحث القضاوة ·

الثالث: ولاية التصرف في الاموال والانفس ويقع الكلام هنا في جهتين:

الاولى :استقلال الولّي بالتصرف في مال المولى عليه او في نفسه مع قطع النظر عن كون غيره ايضا مستقلا في التصرف في ذلك وعدمه و توقف تصرّفات ذلك الغير على اذن الولي وعدمه ·

الثانية :في عدم استقلال الغير في التصرف في اموال المولى عليه و انفسهم وانما هو متوقف على اذن الولي من الحاكم أو غيره سواء كان الموقوف

عليه أيضا مستقلا فى التصرف أو لم يكن ، والمرجع فى ذلك الى كون نظره شرطا فى تصرّفات الغير و ان لم يكن هو أيضا فى نفسه مستقلا فى التصرف فى أمواله ونفسه وبين الجهتين عموم من وجه ثم لا باس بصرف عنان الكلام الى ولاية النبى وأوصيائه تبعا للعلامة الانصارى(ره) ويقع الكلام فيه فى جهتين كما تقدم ·

أما الكلام فى الجهة الاولى وكونهم مستقلين فى التصرف فالكلام فيها من جهات أربعة :ــ

الاولى : فى ولايتهم التكوينية ·

الثانية :فى ولايتهم التشريعية ·

الثالثة :فى نفوذ اوامرهم فى الاحكام الشرعية الراجعة الى التبليغ ووجوب تبعيتهم ·

الرابعة :فى وجوب اطاعة أوامرهم الشخصية ·

أما الجهة الاولى فالظاهر أنه لا شبهة فى ولايتهم على المخلوق باجمعهم كما يظهر من الاخبار لكونهم واسطفى الايجاد وبهم الوجود ،و هم السبب فى الخلق ،اذ لولاهم لما خلق الناس كلهم وانما خلقوا لاجلهم وبهم وجودهم وهم الواسطة فى افاضة ،بل لهم الولاية التكوينية لما دون الخالق ،فهذه الولاية نحو ولاية الله تعالى على الخلق ولاية ايجادية و ان كانت هى ضعيفة بالنسبة الى ولاية الله تعالى على الخلق وهذه الجهة من الولاية خارجة عن حدود بحثنا وموكولة الى محله ·

واما الجهة الثالثة اعنى وجوب اطاعتهم فى الاحكام الراجعه الى التبليغ فهى قضيّة قياستها معها اذ بعد العلم بان الاحكام الالهية لا تصل الى كل احد بلا واسطة وان النبى صادق انما نبيء عن الله تعالى فلا مناص من وجوب اطاعته وحرمة معصيته وجوبا شرعيا مولويا فهذه الجهة

أيضا غنية عن البيان .أما الجهة الرابعة فالظاهر أيضا عدم الخلاف في وجوب اطاعة اوامرهم الشخصية التي ترجع الى جهات شخصهم كوجوب اطاعة الولد للوالد مضافا الى الاجماع وان لم يكن تعبديا لاستناده الى الاخبار والايات التي تدل عليه ،اما الاية فقوله تعالى ((اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولوا الامر منكم)) .

اذ الظاهر منها كون كل منهم بعنوانه واجب الاطاعة ومفترض الطاعة وكون اطاعة كل منهم اطاعة لله لامره تعالى على ذلك لا من جهة كون اطاعتهم متفرعة على اطاعة الله ليكون الامر للارشاد ويخرج عن المولوية .

والاستشكال هنا من جهة الاية وغيرها من الادلة ناظرة الى وجوب الاطاعة في الجهات الراجعة الى الامامة دون شخصهم وشئونهم .

وفيه ان الادلة مطلقة من هذه الجهة فالتقييد بلا وجه نعم جهة الامامة من الجهات التعليلية لا من الجهات التقييديّة وان كونهم اماما و نبيّا اوجبت وجوب اطاعتهم في جميع الجهات .

وبالجملة لا شبهة في دلالة الادلة على ذلك وعدم تقيدهم بجهة الامامة هذا ولا بأس بالاستدلال بقوله تعالى ايضا ((اذا قضى اللّه و رسوله امرا فليس لهم الخيرة)) اذ حكمهم (ع) ولو بما يرجع الى شخصهم من الجهات من جملة القضا خصوصا بضميمة قوله تعالى ((فليس لهم الخيرة)) .

واما الروايات فوق حدّ الاحصاء كما ورد في وجوب اطاعتهم و في عدة موارد من زيارة الجامعة ذكر ذلك وقد استدل عليه بدليل العقل بدعوى انهم من جملة المنعمين وشكر المنعم واجب فاطاعتهم واجبة لكونها من جملة الشكر الواجب .

أقول : لا شبهة في كونهم منعما لكونهم واسطة في الايجاد والافاضة

بل من اقوى المنعمين وان شكرهم واجب وان انعامهم من جملة انعام الله وان كان ضعيفة بالنسبة الى (النعام الله تعالى) انعامهم و لكن هذا الوجوب ليس وجوبا شرعيّا ، بل وجوب عقلّى بمعنى ان العقل يدرك حسن ذلك وقبح تركه واما ان تركه أى شيء يستتبع اهو يستتبع العقاب فلا. بل غايته ان يستتبع منع النعمة واخذها من المنعمين بصيغة المفعول .

وقد قلنا فى وجوب معرفة الله ان وجوب المعرفة شرعا لا يستفاد من الدليل اذ ليس للعقل الاّ الادراك وان تعظيمه لانعامه حسن و لكن لا يدّل على كونه معاقبا اذا لم يشكر بل على حرمان النعمة فقط و ما يوجب العقاب ويستبعه انما هو ترك الوجوب الشرعى ومخالفته .

وبالجملة لا يستفاد من الدليل وجوب المعرفة فكيف بوجوب اطاعة الائمة فى اوامرهم الشخصية .

وانما قلنا بوجوب المعرفة لاجل الضرر المحتمل والعقاب المحتمل و ليس هنا ذلك لقبح العقاب بلا بيان ولا يجرى ذلك فى وجوب المعرفة لعدم امكان البيان قبل المعرفة واحتمال انه يعاقب بلا بيان ضعيفة و بالجملة العمدة فى المقام هى الآيات والاخبار وربما يقرّر الدليل العقلى بوجه آخر غير مستقل ويتم بضّم مقدمة اخرى اليه وحاصله ان الابوة والبنوة تقتضى وجوب الطاعة على الابن فى الجملة والامامة تقتضى ذلك بالاولوية على الرعية لكون الحق هنا اعظم بمراتب وهذا نظير ان يقال ان الشيء الفلانى مقدمة للشيء الفلانى فمجرّد ذلك لا يكفى فى الوجوب و يتم ذلك بضم مقدمة اخرى من ان المقدمة واجبة .

وفيه انه على تقدير تمامية ذلك كما لا يبعد ان يكون كذلك بل ورد فى الرواية ان الرسول (ص) سئل عن شخصى تحبنى أكثر من ابيك او تحب

ابيك اكثر منى ،فقال احبك اكثر من ابى الى ان قال تحبى اكثر من الله فقال انما احبك لله فاستحسنه الرسول(ص) الاّ انّ اطاعة الأب ليست بواجبة فى جميع الامور فلا يثبت بذلك الاّ وجوب الاطاعة فى الجملة ، بل يمكن منع ذلك ايضا لاحتمال الخصوصية هنا لاجل قرب الخصوصية و من هنا لو اوجب احد اسلام شخص فلايلزم من ذلك كونه واجب الاطاعه على المسلم مع انه اوجب حياته الابدية والاب اوجب الحياة الجسديةفقط ليس الآ.

وبالجملة لايدل هذا ايضا على كونهم(ع) واجب الاطاعة فى اوامرهم الشخصية فالعمدة هى ماعرفته من الايات والروايات كمالا يخفى فراجع الى مظانها ،بل عقد لذلك بابا فى الوافى وفيها انه (ص) قال ان الناس عبيد لنا بمعنى انهم عبيد فى الطاعة لا كعبيد آخر ليباع اويشترى فراجع ، و فيها ان الائمة مفترض الطاعة وظاهر الفرض الوجوب المولوى لا الوجوب الارشادى.

الجهة الثانية فى ولايتهم التشريعة بمعنى كونهم وليّا فى التصرف على اموال الناس وانفسهم مستقلا ،فالظاهر ايضا لاخلاف فى ولايتهم على هذا النحو وكونهم اولى بالتصرف فى أموال الناس ورقابهم بتطليق زوجتهم وبيع اموالهم و غير ذلك من التصرّفات ويدّل على ذلك قوله تعالى ((النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم)) فان الظاهر من الاولوية الاولوية فى التصرف وكونهم وليّا لهم فى ذلك لا بمعنى آخر ،وقوله تعالى ((انما وليكم اللّه و رسوله)) ومعنى الاولى بالتصّرف ليس هو جواز تصرفهم بغير الاسباب المعدة لذلك ومباشرتهم على غير النسق الذى يباشر المالك على هذا النسق ،بل معناه كونهم اولى فى التصرف بالاسباب المعيّنة و مباشرتهم

بالاسباب التى يباشر بها الملاك بان يطلّق الامام زوجة شخص ثم يزوجها بعقد النكاح اما لنفسه او لغيره او يتصرّف فى دار الغير ببيعها لشخص آخر، او تصرفه فيها بنفسه، بل هذا ثابت بالروايات المتواترة وفى خطبة حجة الوداع من كنت مولاه فهذا على مولاه الست أولى بالمؤمنين من انفسهم قالوا بلى، بل فى صحيح الترمذى وروى عنه الجامع الصغير وفسّره الذى للسيوطى فى فضائل على عليه السلام انه (ع) كان فى بعض الحروب اخذوا اسارى وكانت فيهنّ جارية حسناء فاختص بها على عليه السلام فوقع جماعة فى الوسوسة واذا رجعوا الى النبى (ص) قبل ان ينزع الاول لامقحر بمشى الى النبى (ص) وكان رسمهم على المشى اليه (ص) قبل الذهاب الى بيوتهم اذا رجعوا عن الحرب فشكى عن علىّ (ع) ان الجاريه كانت فيئا للمسلمين فاختص بها علىّ (ع) فسكت النبى (ص) ثم جاء الثانى كالاول، فسكت النبى (ص) ثم جاء الثالث فغضب النبى (ص) وقال ماذا تريدون من على، فانه ولى بعدى أى بعدية رتبيّة فانى اولى بالناس من انفسهم يدل على ولاية على (ع) لجميع الناس نفسا ومالا ومن هنا قال فى جامع الصغير انّ هذا افضل منقبة لعلّى عليه السلام.

وبالجملة لا شبهة فى ولايتهم واستقلالهم فى التصرف على أموال الناس وانفسهم وتوهم كون السيرة على خلاف ذلك وان الائمة لم يأخذوا اموال الناس بغير المعاملات المتعارفة بينهم فلايجوز ذلك للسيرة فاسد وذلك من جهة ان غير الامير المؤمنين عليه السلام لم يكن متمكنا من العمل بقوانين الامامة بل كانوا تحت استار التقية، بل الامير ايضا فى كثير من الموارد وكان فى غير موارد التقية لم يفعل ذلك لاجل المصلحة وعدم الاحتياج الى مال الناس والاّ فلا يكشف عدم الفعل على عدم الولاية كما لا يخفى، هذا كله

مايرجع الى المقام الاول اعنى الولاية بمعنى الاستقلال فى التصرف ·

واما الجهة الثانية اعنى الولاية بمعنى توقّف تصرّف الغير على اذن الامام عليه السلام فنقول تارة دلّ الدليل على توقف جواز التصرف للغير على اذن الامام (ع) وعدم جوازه بدونه كباب الحدود ونحوها ·

واخرى يكون هنا اطلاق يدلّ على اشتراطه باذنه كالقصاص والتقاص وقتل النفس للحد واجراء الحدود والتعزيرات الى غير ذلك من التصرفات فان اطلاق ادلة تلك الامور يدل على حرمة ايذاء الغير وعدم جواز التصرف فى مال الغير ونفسه وهكذا فنتيجة ذلك هو الاشتراط باذن الامام عليه السلام وعدم جواز التصرف فى امثال ذلك الا باذنه ·

وثالثة : يقتضى الاطلاق عدم الاشتراط كما اذا شككنا فى اشتراط صلاة الميت باذن الامام (ع) فان مقتضى الاطلاق هو وجوبها لكل أحد كفاية بلا اشتراط باذنه (ع) وينفى الاشتراط بالاطلاق ولو مع التمكن منه ولا يدل على الاشتراط قوله السلطان احق بذلك ، فانه فيما كان السلطان حاضرا وراء ان يصلى فليس لاحد ان يمنع من ذلك حتى الوارث لكونه احق بذلك فلا دلالة فيه ان اقامة صلاة الميت مشروطة باذن الامام حتى مع التمكن من ذلك ·

وبالجملة لوكان هنا دليل دلّ بصراحته على الاشتراط اودلّ باطلاقه على ذلك او على عدمه فيكون متبعا والاجل ذلك فالتزم المصف (ره) باجراء اصالة عدم الاشتراط وكون ذلك مخالفا للاصل وانه يقتضى عدم الاشتراط ·

والذى ينبغى ان يقال ان كان هنا يمكن الوصول الى الامام (ع) و سؤال حكم القضية عنه (ع) او عن نائبه الخاص لكون ذلك مما يسئل عنه لكونه من الاحكام الشرعية فيها والاّ فيكون الاصل بحسب الموارد مختلفا فانه ان كان

هنا تكليف مجمل مردد بين ان يكون واجبا منجزا او واجبا مشروطا باذن الامام(ع) فمقتضى الاصل هنا عدم الوجوب لانه لا يعلم وجوبه فيدفع بالبرائة .

وان كان الوجوب منجزا ولكن نشك فی اعتبار اذنه(ع) فی صحته كصلاة الميت مثلا للعلم بوجوبه على كل احد ولكن نشك فی صحته بدون اذن الامام (عليه السلام) او نائبه الخاص ،فالاصل عدم الاشتراط فيكون واجبا مطلقا.

وبالجملة ليس مفاد الاصل العملی فی جميع الموارد على نسق واحد، بل نتيجته فی بعض الموارد هو الاشتراط وفی بعض الموارد عدم الاشتراط كما لا يخفى ،فما ذكر المصنف من كونه على نسق واحد ليس على واقعه .

قوله انما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين أقوله والغرض الاقصى انما هو بيان ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين وقد عرفت ان الكلام فی ولاية النبی (ص) واوصيائه من جهات ثلاث من حيث وجوب طاعته فی الاحكام الشرعية وتبليغها ومن حيث وجوب طاعته فی أوامره الشخصية ومن حيث كونه وليّا فی انفس الناس واموالهم ،والظاهر انه لم يخالف احد فی انه لا يجب اطاعة الفقيه الاّ فيما يرجع الى تبليغ الاحكام بالنسبة الى مقلده ،ولكل الناس لوكان اعلم وقلنا بوجوب تقليد الاعلم واما فی غير ذلك بان يكون مستقلا فی التصرف فی أموال الناس وكانت له الولاية على الناس بان يبيع دارزيد او زوّج بنت احد على أحد أو غير ذلك من التصرفات المالية والنفسيّة فلم يثبت له من قبل الشارع المقدس مثل ذلك نعم نسب الى بعض معاصری صاحب الجواهر انه كان يقول بالولاية العامة للفقيه وكونه مستقلا فی التصرف فی أموال الناس وانفسهم واجتمع معه فی مجلس وقال صاحب الجواهر زوجتك طالق ،فقال المعاصر ان كنت متيقنا باجتهادك لاجتنبت من زوجتی وكيف كان فلا دليل لنا يدّل على ثبوت

الولاية المستقلة والاستقلال فى التصرّف للفقيه الا ما توهم من بعض الروايات منها ما دلّ على ان العلماء ورثة الانبياء وان الانبياء لم يورّثوا دينارا ولا درهما ، ولكن ورثوا احاديثهم فمن أخذ بشىء منها أخذ بحظ وافر بدعوى ان الولاية على اموال الناس وانفسهم من جملة تركة الانبياء للعلماء فكما لهم ذلك فللعلماء أيضا ذلك .

و فيه اولا ان الوارثة انما تكون فى امور قابلة للانتقال فما لا يقبل الانتقال لا تقبل الوارثة كالشجاعة والسخاوة والعدالة و غيرها من الاوصاف الغريزية والنفسية وثانيا لم نحرز كون الولاية من قبيل ما تقبل التوريث على ان الولاية العامة على القول بثبوتها للفقيه انما هى مجعولة له من قبل الائمة لا منتقلة اليهم بالتوريث فلا يمكن اثباتها للفقهاء بمثل هذه الروايات

وثالثا : ان الولاية خارجة عن حدودها تخصصا وذلك من جهة انها ناظرة الى ان شأن الانبياء ليس ان يجمعوا درهما ولا دينارا وليس همهم وحرصهم الى ذلك وجمع الاموال بل حرصهم ان يتركوا الاحاديث وصرحوا (عليهم السلام) بذلك وان المتروك أى شىء فى بعض الروايات و قال لكن ورثوا الاحاديث ومن اخذ منها فانما اخذ بحظّ وافر وليست هى ناظرة الى ان الانبياء لم يتركوا شيئا اصلا من الدار والثياب ، بل لا ينافى بترك درهم ودرهمين اذ ليس ذلك من قبيل الحرص بجمع المال والاّ فالائمة عليهم السلام كانوا يتملكون الدار والثياب ويورّثوها للورّاث .

وبالجملة ليست هذه الروايات ناظرة الى جهة توريث الولاية ، بل هى خارجة عنها تخصصا وانما هى ناظرة الى توريث احاديث والاخبار و من هنا ظهر ما فى الاستدلال بقوله (ع) والعلماء أمناء اللّه فى حلاله وحرامه فان الامانة والاستيداع منهم لا يقتضى كونهم وليّا من قبلهم فى التصرف فى

اموال الناس وانفسهم.

بل يمكن ان يراد من تلك الاخبار كون المراد من العلماء هم الائمة والاوصياء عليهم السلام لكونهم هم العلماء بالمعنى الحقيقى ،فمع دلالة تلك الاخبار على كون العلماء ورثة الانبياء عن التصرف فى اموال الناس و انفسهم فلا دلالة فيها لكونها ثابتة للفقيه أيضا ،فنعم الدليل الحاكم قوله عليه السلام نحن العلماء وشيعتنا المتعلمون ،اذ ن فيمكن دعوى ان كلمّا ورد فى الروايات من ذكر العلماء فالمراد منهم الائمة عليهم السلام الآاذا كانت قرينة على الخلاف كما فى الرواية التى سئل الفرق فيها بين علماء هذه الائمة وعلماء اليهود وغيرها مما قامت القرينة على المراد بان العلماء هم الشيعة والفقهاء ،واظهر من جميع من ارادة الائمة من العلماء قوله (ع) مجارى الامور فى يد العلماء بالله فان العلماء بالله ليس غير الائمة (ع) بل غيرهم العلماء بالحلال والحرام من الطرق الظاهرية ومع قبول شمول العلماء بالله للفقيه ايضا فلا دلالة فيها على المدعى ،اذ المراد من ذلك كون جريان الأمر به لا يكون الآ فى يد الفقيه بحيث لولاه تقف الامر فهو لا تكون الا فى توقف الامر بدونها الحلال والحرام نعم قد يكون للفقيه التصرف فى أموال الناس كاليتيم والمجنون ونحوهما وهذا غير مانحن فيه.

وأما الروايات الدالة على ان علماء امتى كانبياء بنى اسرائيل ، و فى الفقه الرضوى بمنزلة انبياء بنى اسرائيل فهى ناظرالى وجوب تبعية الفقهاء فى التبليغ والتنزيل من هذه الجهة بعد القطع بأنه لم يرد التنزيل من جميع الجهات ،بل فى الجهات الظاهرة فهى هذه كما فى زيد كالأسد اذ هو فى شجاعته لا فى جميع الجهات حتى فى أكله الميتة مثلا والنكتة فى ذلك واضحة اذ انبياء بنى اسرائيل لم يكن كلّهم نبيّا لجميع الناس ورسولا عاما

بل كان بعضهم نبى بلده وبعضهم نبىّ محلته وبعضهم نبى مملكة نظيرهم فى ذلك العلماء وانه يجب لكل قوم ان يتبع عالمه كما كان الواجب لبنى اسرائيل ان يتبعوا نبيهمّ فى التبليغ ويمكن ان يكون التنزيل فى الشرافة والثواب والاجر وانهم مثلهموهذا أمر واضح لو لاحظت التعليم و التعلمات العرفية لجزمت بذلك مثلا فتلميذ المدرسة الثانية لعلو المدرسة أعلم من معلم المدرسة الابتدائية وهكذا فالفقهاء وان كانوا فقهاءوتلامذةالمدرسة المحمدية مثل معلم الامة السابقة من الانبياء لعلو هذه المدرسة ، بل بعضهم افضل من بعض هؤلاء الانبياء وبالجملة والتنزيل فى هذه الرواية من هذه الجهة وهذا هوالظاهر.

واما قوله (ص) اللهم ارحم خلفائى ،قيل ومن خلفائك يارسول اللّه ؟ قال :الذين يأتون بعدى ،فان الظاهر من ذلك خليفتهم فى نقل الرواية والحديث كما قال(ص) و يروون حديثى وسنتى لا ان المراد من الخلافة ، الخلافة فى التصرّف فى أموال الناس وانفسهم فهى أيضا خارجة عن المقام

والحاصل :ليست فى شئ من هذه الروايات دلالة على كون الفقيه مستقلا فى التصرف فى أموال الناس وان كان له ذلك فى بعض الموارد ، كالطفل ونحوه ،ولكنه انما ثبت له بادلة اخرى كما لايخفى فافهم ،وانهليسوا ممن يجب اطاعتهم فى أوامرهم الشخصية.

وأما ماذكره المصنف من قوله(ع) فى النهج البلاغة أولىالناس بالانبياء اعلمهم بماجائوا ان اولى الناس بابراهيم للذين اتبعوه ، اذ الظاهر من ذلك شموله بالولاية واستقلالهم فى التصرّف فى أموال الناس وانفسهم.

فالظاهر كونهااجنبية عن المقام اذ الاولوية لا تقتضى الولايه و ثبوت ماللمتبوع باجمعه للتابع.

وكذلك لا دلالة فى قوله عجل الله تعالى فرجه هم حجتى عليكم وانا حجة الله .اذ الظاهر من الحجّية هى الحجيّة فى الاحكام ،واما الولاية فى التصرف فلا معنى للحجية فى ذلك ،فلا ملازمة بين الحجية و الولاية بوجه .

وأما المقبولة قال فسألت اباعبدالله(ع) عن رجلين من أصحابنا تنازعا فى دين أو ميراث .فتحاكما الى السلطان او الى القاضى أيحل ذلك الى أن قال قدجعلته عليكم حاكما وفى ذيله ينظر من كان منكم قد روى حديثنا ونظر فى حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فيرضوا به حكما فانى قدجعلته عليكم حاكما . الخ .

وقداستدل بها شيخنا الاستاذ على المدعى وكون الفقيه وليّا فى الامور العامة بدعوى ان الظاهر من الحكومة هى الولاية العامه .فان الحاكم هو الذى يحكم بين الناس بالسيف والسوط وليس ذلك شأن القاضى وقدكان ذلك متعارف فى الزمان السابق وان كان قد اتفق الاتحاد فى بعض الازمنة بل الظاهر من صدرها هوكون القاضى مقابلا للسلطان وقد قرر الامام(ع) ذلك .

وفيه ان ما كان متعارفا فى الازمنة السابقة .بل فيما يقرب الى زماننا هو تغاير الوالى والقاضى وان القاضى من كان يصدر منه الحكم والوالى هو المجرى لذلك الحكم ،واما القاضى والحاكم فهما متحدان ومن هنا قال(ع) فى بعض الروايات جعلته عليكم قاضيا ،ويدل على اتحادهما بما فى ذيل الرواية من قوله(ع) فانى قدجعلته حاكما .اذ لوكان القاضى غير الحاكم لم يقل انى قدجعلته حاكما ،مع كون المذكور فى صدر الرواية لفظ القاضى ،و العجب منه(ره) حيث ايدّ مدعآه بكون القاضى مقابلا للسلطان فى صدر

الرواية مع انه ليس كك ، اذ المذكور فى الصدر انه تحاكما الى السلطان أو القاضى ومن البديهى ان السلطان غير القاضى والحاكم وان المرافعات قد ترفع الى القاضى وقد ترفع الى السلطان . ولاجل ذلك ذكر فى صدر الروايه السلطان والقاضى .

فتحصّل من جميع ماذكرناه انه ليس للفقيه ولايه على أموال الناس و انفسهم على الوجه الاول ، بمعنى استقلاله فى التصرف فيهما ، و من هنا اتضح انه ليس له اجبار الناس على جبايه الخمس والزكاه وسائر الحقوق الواجبة كما هوواضح .

واما ولايته على الوجه الثانى بمعنى اعتبار نظره فى جواز التصرفات فيماكان منوطا باذن الامام(ع) وان تصرّفات الغير بدون اذنه غيرجائز .

وقد استدل المصنف على ذلك وولايته على هذا الوجه بالروايات المتقدمة وقدعرفت جوابها وما اريد منها .

واستدل عليه أيضا بالتوقيع المروى فى اكمال الدين واحتجاج الطبرسى الوارد فى جواب مسائل اسحاق بن يعقوب التى ذكر انى سألت العمرى أن يوصل لى الى الصاحب (عج) كتابا يذكر فيه تلك المسائل التى قد اشكلت علّى فورد الجواب بخطه عليه آلاف التحية والسلام فى اجوبتها وفيها :واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتى عليكم وانا حجة اللّه ، وهذه الرواية وان كان مسبوقا وملحوقا بجملات لم تذكر ، و لكن ظاهرها عدم ارتباطها بسابقها ولاحقها بوجه وكيف استدل المصنف بذلك على ولاية الفقيه على الوجه الثانى بقرائن فيها تدّل على ذلك وبعد ارادة خصوص المسائل الشرعية فيها ان الرواية دالة على ارجاع نفس الحادثه اليه(ع) ليباشر امرها مباشرة او استنابة لا الرجوع فى حكمها اليه .

وفيه انه لوكان المراد بالرواية هو ذلك لقال(ع) فارجعوها الى روات حديثنا ولم يقل فارجعوا فيها ومن الظاهر ان الظاهر من الموجود فی الرواية اعنی هو الثانی ،ليس الآ الرجوع اليهم فی الحكم ،فان المناسب للرجوع اليه فی الشیء ليس الآ الرجوع اليه فی حكمه بل هذا هو المناسب للرجوع الی الرواة فانهم لا يدرون الآ حكم الواقعه واما اعتبار اذنهم فی التصرّف فلا .

ومنها التعليل بكونهم حجتّی عليكم وانا حجة الله ،فانه انما يناسب الامور التی يكون المرجع فيها هو الرأی والنظر فكان هذا منصب ولاة الامام من قبل نفسه لا انه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبه الامام عليه السلام والآ كان المناسب ان يقول انهم حجج الله عليكم كما وصفهم فی مقام آخر بأنهم امناء الله على الحلال والحرام .

وبالجملة لوكان المراد من ذلك هو ما يكون راجعا الى الحكم لقال(ع) انهم حجج الله لكون الحكم له ولكن لم يكنی كك .بل النصب فی جهة ترجع الى نفس الامام فهی الولاية .

وفيه ماعرفت سابقا من ان الحجية تناسب تبليغ الاحكام الشرعيه كما فی قوله تعالى((فلله الحجة البالغة)) واما الولاية فلاملازمة بينها و بين الحجية وعدم نسبة حجيتهم الى الله من جهة ان الائمة واسطة فی ذلك لعدم وصول الحكم من الله الى العباد بلاواسطة وان مايفعلون انما يفعلونه بحكم الله تعالى فيكون ما يكون حجّة من قبلهم حجه من قبل الله فلا يكون فی هذه ايضا قرينية على المدعی .

ومنها ان وجوب الرجوع فی المسائل الشرعية الى العلماء الذی هو من بديهيات الاسلام من السلف الى الخلف مما لم يكن يخفی على أحد فضلا

على مثل اسحاق بن يعقوب حتى يكتبه فى عداد مسائل اشكلت عليه بخلاف وجوب الرجوع فى المصالح العامة الى رأى أحد ونظره ،فانه يحتمل أن يكون الامام قد وكّله فى غيبته الى شخص أو اشخاص من ثقاته فى ذلك الزمان والحاصل ان لفظ الحوادث ليس مختصا بما اشتبه حكمه ولا بالمنازعات.

وفيه ان الظاهر من الحوادث هى الفروع المتجددة التى ارجع الامام فيها الى رواة كما يقتضى ذلك الارجاع الى الرواة فانّ بعض الفروع قد تكون متجددة ومستحدثة صرفة فهى من المهام المسائل التى لا بدّ وان يسئل من الامام فقد سئل الراوى عن ذلك ومثل هذه الفروع ليس من شؤنها جهة نقص من كل شخص ، ولذا سئل اسحاق بن يعقوب وان كان من اجلا العلماء بواسطة محمد بن عثمان العمرى الذى هو من السفراء الامام عن الحوادثة التى هى متجددة ،فأجاب بارجاعه الى السفراء والعلماء.

وبالجملة ان الحوادثة المتجددة والفروع المستحدثه مما يشكل الامر فيها ،فلا بداهة فى لزوم السؤال عنها عن الامام عليه السلام ليكون السؤال عنه لغوا كما هو واضح ،فافهم.

وبعبارة أخرى انه ليس كل مسألة فرعية تقضى البداهه لزوم الرجوع فيها الى الامام فى زمانه والى الفقهاء فى زمان الغيبة ،بل منها الفروعات المستحدثة التى يشك فى ان المرجع فيها من هو ،فلذا يسأل الراوى عن حكم ذلك فى زمان غيبة الكبرى ،اذ فى زمان غيبة الصغرى يسئل عن نفس الامام بواسطة السفراء واما فى زمان غيبة الكبرى فلا ،ولذا ارجع الامام فى ذلك الزمان الى الفقهاء بالنيابة العامة وانهم وان لم تصل اليهم فى رواية ولكن يصلون الى حكمها ولو من الاصول وذلك ككثير من الفروع المتجدده فى زماننا منها مسألة اللقاح بواسطة التلقيح وان الولد بمن يلحق وممن يرث

وقد استدل على ذلك بان السلطان ولى ما لا ولى له ،و فيه ان هذا لم يثبت من طرقنا كونه رواية او قاعدة مسلمة كبعض القواعد الفقهية ،و اما من طرق العامة فعلى تقدير ثبوته فلم ينجبر ضعفها بعمل المشهور وعلى تقدير الانجبار فلا دلالة فيه على المقصود اذ المراد بذلك ان السلطان أولى بالتصرف من غيره ،وانه ولى من لا ولى له فى التصرف فى ماله و نفسه وهذا غير مربوط بولاية الفقيه ،بوجه اذن فلا دلالة فى شئ من الروايات على ولاية الفقيه بوجه من الوجهين من معنى الولاية .

وربما يستدل على ثبوت الولاية للفقيه بوجهين بتقريبين اخرين الاول ان الولاية فى الامور العامة بحسب الكبرى ثابتة عند العامة بالسيره القطعية وان اشتبهوا فى صغرى ذلك وتطبيقها على غير صغرياتها الا ان ذلك لا يضرّ بقطعيّة الكبرى الثابتة بالسيرة .

واما الصغرى فهى ثابتة بالعلم الوجدانى اذ بعد ثبوت الكبرى ، فالامر يدور بين تصدى غير الفقيه على التصرف فى الامور العامة وبين تصدى الفقيه بذلك فيكون مقدما على غيره .

وبالجملة نثبت الكبرى بالسيرة القطعية والصغرى بالعلم الوجدانى .

وفيه ان اشتباههم فى الصغرى وان كان مسلما ولكن نحتمل ان يكون ذلك فى الكبرى ايضا كسائر مبتدعاتهم فى الدين فلم تقم سيرة قطعية متصلة الى زمان النبى (ص) على ذلك ، بل يكفى مجرد الشك فى ذلك فانه لا بدّ من دليل قطعى يدل على جواز التصرف فى أموال الناس واعراضهم وانفسهم .

والتقريب الثانى ما عن بعض المعاصرين ان يقال ان ما هو مسلم عند العامة من القول بالولاية العامة مذكور بحسب الكبرى فى التوقيع الشريف

فان المذكور فيه انه تحاكما الى السلطان او القاضى فهو بصراحته يدل على ذلك فنحكم بثبوت تلك الكبرى للفقيه الجامع للشرائط فى زمان الغيبه ، اذ لا نحتمل ان يكون غيره وليّا فى ذلك فى عرضه ، بل لوكان فهو ولى لذلك .

وفيه انه لا يمكن المساعدة الى ماذهب اليه هذا المعاصر فانه وان ذكر السلطان والقاضى فى الرواية وذكر الامام عليه السلام بان من عرف حلالنا وحرامنا انّى جعلته قاضيا فى رواية ابى خديجة وجعلته حاكما فى المقبولة ، ولكنى الذى ارجع الامام اليه ليس الاّ فى المرافعة والمنازعة كما قال فى الصدر تنازعا فى دين او ميراث الى السلطان او القاضى واما ازيد من ذلك فلا اذن فالمسلّم من الرواية هو ثبوت الولاية له فى المنازعات و المرافعات ومنصب القضاوة وثبت له منصب التقليد وكونه مرجعا فى الاحكام بالادلة الخارجية واما فى غير هذين الموردين فلا .

هذا كله بحسب الروايات .

وامّا بحسب الاصل : فقد تقدم سابقا ان بعض الامور لا يجوز لغير الفقيه ان يتصدى اليه ويتصرّف فيه الاّ باذنه ولعل من هذا القبيل باب الحدود و التعزيرات اذ لا يجوز لاحد ان يظلم أحدا الاّ فيما ثبت جوازه بدليل فلا شبهة فى كون الحدود من أعظم مصاديق الظلم لولا تجويز الشارع ، نعم لوكان فى باب الحدود والتعزيرات وكذلك فى باب الاموال وامثال ذلك مما فيه حق للغير اطلاق مادلّ على جواز امثال ذلك من كل أحد فنتمسك به فنحكم بجواز تصدى غير الفقيه ايضا بذلك ولكن ليس الامر كك .

نعم يمكن دعوى الاطلاق فى مثل الزنا لقوله تعالى ((الزانى والزانية فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة)) ولكنه قيد بالروايات .

وبالجملة فى امثال الموارد لا يجوز لغير الامام ونائبه ان يتصدى

بالتصرف الاّ باذنه اذقد ثبت بالادلة القاطعة عدم جواز التصرف فی اموال الناس وانفسهم واعراضهم بلااذن ورضاية من المالك للتصرف.

واذا شككنا فی اعتبار اذن الامام علیه او الفقیه فی صحه شیء لا فی وجوبه كصلاة المیت اذ هو واجب لكل مكلّف فلا نشك ان یكون اذن الفقیه من شرائط الوجوب فندفع ذلك بالاطلاق ان كان هنا اطلاق وباصالة البرائة لو لم یكن فی البین اطلاق فتثبت نتیجة الاطلاق.

وان كان وجوب شیء كصلاة الجمعة مثلا مشروطا باذن الفقیه كما ذهب بعض الی ذلك وان صلاة الجمعة لا تكون واجبة عینیة الاّ باذن الفقیه و شككنا فی ذلك فمع عدم الدلیل ندفع وجوب ذلك بالاصل ، بل لا یجب الاستیذان ایضا لان تحصیل شرط الواجب لیس من الواجبات وانما الواجب هو اتیان الواجب بعد تحقق موضوعه وشرائطه باجمعها.

وان كان الشك فی جواز التصرف بدون اذن الفقیه من غیر أن یكون هنا احتمال الوجوب كالتصرف فی الاوقاف العامة فلا یجوز التصرف فیه ولا یشرع الا باذن الفقیه اذ من المسلم الضروری أنه لا یجوز التصرف فی مال الغیر بدون اذنه ففی مثل الاوقاف دار الامر بین جواز التصرف مطلقا وبدون اذن احد فی ذلك.

وبین جوازه باذن الفقیه فلا شبهة أن المتیقن هو صورة الاذن من الفقیه فیكفی فی عدم جواز غیر هذه الصورة مجرد الشك فی الجواز اذ المورد مورد التصرف فی الاموال ومن هذا القبیل اشتراط اذن الفقیه فی صرف مال الامام علیه السلام فی موارده اذ من الضروری بطلان احتمال دفن ذلك مع وجود المستحقین والموارد المحتاجة الیه خصوصا فی مثل القراطیس وكذلك القائه فی البحر فان ذلك لیس الاّ مثل الاحراق والاتلاف وكذلك الایصاء الی ان

يصل الى الامام عليه السلام فانه بعد تبدل يد اويدين يكون تالفا مثل الالقاء فى البحر اذن فنقطع برضاء الامام عليه السلام فى صرفه فى مصالح الدين فاهمّها فى تحصيل العلوم.

وعليه فيدور الامر بين ان يتصرّف فى ذلك المال كل احد بدون رضاية الفقيه وبين ان يتصرف باذن الفقيه فالمتيقن هو جواز التصرف باذن الفقيه اذن فالنتيجة ثبوت ولاية الفقيه على مال الامام(ع) على الوجه الثانى ،أى بمعنى اشراط التصرف باذنه.

وان اجتمع الامران بأن كان وجوب شىء وجواز التصرف فيه مشروطا باذن الفقيه كالامور الحسبية من التصرف فى اموال القاصرين و المجانين ومجهول المالك واموال الصغار وغير ذلك فهنا ايضا بالنسبه الى الوجوب نجرى الاصالة البرائية ،بل ليس تحصيل الاذن ايضا من الواجبات لعدم وجوب تحصيل شرط الوجوب وبالنسبة الى جواز التصرف نحكم بعدم جوازه بدون اذن الفقيه لأن المقدار المتيقن هو التصرف باذن الفقيه كما عرفت فى مثل الاوقاف.

فتّحصل انه ليس للفقيه ولاية بكلا الوجهين على اموال الناس وانفسهم فليس له ان يزوّج بنتا صغيرة لابن صغير او كبير ولا تزويج ابن صغير ولا يجوز له بيع داره وهكذا الاّ ان يكون الصغير بدون ذلك فى معرض التلف فيدخل تحت الامور الحسبية.

نعم ،لهِ الولاية فى بعض الموارد لكن لابدليل لفظى ،بل بمقتضى الاصل العملى كماعرفت.

ثم ان ثمرة ثبوت الولاية بالاصل او بالدليل هو انه اذا كان شىء واجبا وشكّ فى كون صحته مشروطا باذن الفقيه فبناء على ثبوت ولايته

بالدليل لا يجوز لغيره ان يمتثل بدون اذنه لعموم الدليل عليه لكونه مثلا من الحوادث الواقعة فلابدّ فيه وأن يرجع الى الفقيه او يتصدى به باذنه وذلك كصلاة الميت اذا شك فى اعتبار اذن الفقيه فيه ·

وان كان ثابتا بمقتضى الاصل فلابدّ ان ينفى احتمال اعتبار اذنه باصل البرائة ·

وأما فى الامور الاخر التى نشك فى أصل وجوبها بدون اذن الفقيه أو فى مشروعيتها أو فى كليهما كما تقدم فلايفرق الحال فيها بين ماكان ولاية الفقيه ثابتة بدليل أو بأصل ،بل فى كلا الفرعين لا يجوز التصرف فى الاوقاف وسهم الامام عليه السلام وأموال الصغار حسبة الآباذن الفقيه سواء كان ولاية الفقيه ثابتة بالاصل أو بالدليل ·

فى ولاية عدول المؤمنين

قوله : مسئلة : فى ولاية العدول المؤمنين ·

أقول : اذا قلنا بولاية الفقيه وامكنت الاجازة منه فى الموارد التى لا يجوز لغيره التصرف فيها الآ باذنه او لم يمكن الاستيذان منه لعدم الوصول اليه وان كان موجودا فحال غير الفقيه هنا حال الفقيه مع الامام فى صورتى الاستيذان وعدمه أما فى فرض امكان تحصيل الاذن منه فلا كلام فيه فلابد من تحصيله منه وأما فى فرض عدم امكان الوصول اليه فيقع الكلام هنا فى جهتين : الاولى : فى جواز ولاية غير الفقيه من العدل وغيره أو اختصاصها بالعدل الامامى وبيان وظيفته فى نفسه ،الثانى : فى بيان وظيفه من عامل مع هذا الولى فهل يكون مالكا لما اشتراه أم لا ؟

أما الكلام فى الجهة الاولى : فمقتضى الاصل بالنسبة الى الامور التى

واجبة مطلقة ولكن يشك فى اعتبار اذن الفقيه فى صحته كصلاة الميت، فلا اشكال فى صحته من أحد ولو من الفساق من المؤمنين ولا يجب تحصيل الاذن من عدول المؤمنين ولو فى فرض التمكن من التحصيل.

واما فى الامور التى يشك فى أصل وجوبها الا باذن الفقيه كالتكاليف التى نحتمل ان يكون أصل وجوبها مشروطا به أو مطلقا فتجرى فيها البرائة فيحكم بعدم الوجوب.

وأما فيما كان الشك فى أصل المشروعية فلا يجوز لاحد أن يتصرف فى ذلك لا وضعا ولا تكليفا الا باذن عدول المؤمنين، مثلا لو مات أحد وترك اموالا واولادا صغارا فأحتاج الى بيع تلك الاموال من اثمار ونحوها مما تتلف ليومه أو فى يومين فجواز هذا التصرف بالوضع مع امكان الفقيه يحتاج الى اذنه فبدونه يتصرف فيه عدول المؤمنين او غيرهم باذن منهم، واما بدون اذنهم فلا يجوز وكك التصرف التكليفى كحفظ دراهمه وأمواله المحتاجة الى الحفظ من دون احتياج الى التصرف الوضعى أوكان محتاجا بكلا التصرفين، بان يبيع ويحفظ لثمنه ففى جميع ذلك لا يجوز لغير العدول أن يتصد بذلك بدون اذن منهم.

والوجه فى ذلك هو ماتقدم فى ولاية الفقيه من أنه ثبت بالادلة القاطعة عدم جواز التصرّف فى مال الغير الا باذنه مع احتياج ذلك المال الى التصرف فدار الامر بين الاعم والاخص بان يتصرف فيه كل شخص أعم من الفاسق والعادل أو خصوص العادل وغيره باذنه فالمتيقن هو الثانى فيكفى مجرّد الشك فى عدم جواز تصرّف غيره وضعا وتكليفا لاطباق الادلة على عدم جواز فالخارج منها قطعا هى صورة الاذن من العدول اوتصديهم بنفسهم

على التصرف ومن هذا القبيل الاوقاف العامة وسهم الامام عليه السلام من الخمس على التقريب الذى تقدم ·

وقد مثل المصنف بما كان اصل مشروعيته مشكوكا ببعض مراتب النهى عن المنكر كما اذا وصل الى حد الجرح فانه لا يجوز ذلك بمقتضى الاصل ، لكونه ظلما وايلاما فهو غير جائز بالادلة الخاصة فلا اطلاق لادلة النهى عن المنكر حتى يتمسك بها لاثبات مشروعية ذلك الآ اذا كان منجر الى حد يخاف من اضمحلال الاسلام فهو كلام آخر . والتمسك فى ذلك بان كل معروف صدقة واضح الفساد اذ الكبرى وان كانت مسلّمة وانما الكلام فى الصغرى واثبات ان هذه المرتبة من النهى عن المنكر من المعروف الصدقة و ليس كك ·

وهكذا الكلام اذا كان الشك فى أصل المطلوبية والمشروعية الآ باذن الفقيه او بالاطلاق فبالنسبة الى المطلوبية تجرى البرائة وبالنسبة الى المشروعية تجرى اصالة عدم المشروعية ·

وبالجملة فحال غير الفقيه من عدول المؤمنين مع تعذر الوصول اليه حال الفقيه مع تعذر الوصول الى الامام عليه السلام بلا زيادة ونقيصة ، كما أن هذه النسبة محفوظة بالنسبة الى مادون العدول مع تعذرهم بحفظ الاحتياط بأخذ المتيقن من كل مرتبة ، فافهم ·

وحاصل الكلام : اذا قلنا بثبوت الولاية للفقيه وامكن الوصول اليه فلابد من الاذن منه ·

وان تعذر الوصول اليه وكان موجودا فى بلاد لا يمكن الاستيذان منه ولو بالمكاتبة فح فهل يجوز لكل احد أن يتصرّف فيما تصرف فيه الفقيه ، ولو كان عاما فاسقا أو تصل النوبة الى عدول المؤمنين الظاهر انه لا يجوز لأحد

أن يتصرّف فيما تصرف فيه الفقيه بعد تعذر الوصول اليه الآباذن من عدول المؤمنين لا وضعا ولا تكليفا اذ قد يكون الاحتياج الى التصرف الوضعى كما اذا مات احد وترك ثمارا له فانه لو لم يبع لكان فاسدا فحفظا لمال الصغير لابدّ من بيعها ٠

وأخرى يكون الاحتياج الى التصرّف التكليفى كحفظ دراهم الغير و أخرى الى كلا الامرين ٠

ثم قد يكون شئ مفروض المطلوبية للشارع غير مضاف الى أحد واعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط له بفرض التعذر وكونه شرطا مطلقا له لا شرطا اختياريا مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط فيكون اذن الفقيه ساقطا بلاشبهة اذ نشك فى اعتباره مطلقا أو فى حال الاختيار فنتمسك باطلاق الواجب فندفع اعتبار الشرط وهذا كصلاة الميت ، بل فى مثل ذلك لا يجب الاستيذان من عدول المؤمنين ولو مع التمكن فيصديه كل من تصدى به ولو كان فاسقا اماميا ٠

و أخرى يكون الامر مرددا بين أن يكون واجبا باذن الفقيه أو واجبا مطلقا ،ففى هنا نجرى البرائة عن أصل الوجوب ٠

وقد يكون الشك فى أصل مشروعية شئ بدون اذن الفقيه كبعض مراتب النهى عن المنكر على مثله فى المتن فان كان هنا اطلاق لادلّة النهى عن المنكر يكون متبعا ويدفع به احتمال دخالة اذن الفقيه فيه وان لم يكن فيه اطلاق فمقتضى الاصل عدم الجواز لكونه تصرفا فى نفس الغير وظلماً وايلاما له فهو لا يجوز ٠

وان كان الاحتياج الى التصرف مما لا بدّ منه مع كون الشك فى أصل مشروعية التصرف بدون اذن الفقيه كالتصرف فى الاوقاف العامة و سهم

الامام عليه السلام على النحو الذى تقدم وتعذر الوصول الى الفقيه ، فح يدور الامر بين التصرف المطلق وبين التصرّف مع الاذن من العدول المؤمنين فحيث ان التصرف مالى فلايجوز بغير اذن اهله فالمتيقن من ذلك هو التصرّف باذن العدول وان كان الشك فى أصل المشروعية مع احتمال كونه واجبا تكليفا باذن الفقيه أو مطلقا كالتصرّف فى أموال الصغار حسبة فبالنسبة الى الوجوب تجرى البرائة وبالنسبة الى أصل التصرّف الوضعى يستأذن من العدول لكونه هو المتيقن وهكذا فى التصرّف التكليفى كحفظ ماله مثلا .

وبالجملة مكان عدول المؤمنين مع تعذر الوصول اليه مكان الفقيه مع تعذر الوصول الى الامام (ع) بمقتضى الاصل ومفاد يختلف كماعرفت بحسب الموارد .

هذا كله ماتقتضيه الاصل ولكن قد ادعى ثبوت الولاية لعدول المؤمنين مع تعذر الوصول الى الفقيه بمقتضى الروايات فلابدّ من قرائة الروايات حتى يلاحظ دلالتها على ذلك .

منها صحيحة محمد بن اسماعيل رجل مات من اصحابنا بغير وصيّة ، فرفع أمره الى قاضى الكوفة فصير عبد الحميد القيم بماله ،وكان رجل خلّف ورثة صغارا ومتاعا وجوارى فباع عبد الحميد المتاع،فلمّا اراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهنّ اذ لم يكن الميت صيّر اليه وصيّة وكان قيامه بهذا بأمر القاضى لانهنّ فروج ،قال فذكرت ذلك لابى جعفر عليه السلام و قلت له يموت الرجل من اصحابنا ولا يوصى الى أحدو يخلف الجوارى فيقيم القاضى رجلا منّا لبيعهن ،أو قال يقوم بذلك رجل فضعف قله لانهن فروج فما ترى فى ذلك ،قال :اذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد فلابأس الخبر .

ومحل الكلام هنا جهة المماثلة وانها فى أىّ شىء فجعل المصنف

مورد الاحتمال فيها اربعة اما المماثلة فى التشيّع او فى الوثاقة فى ملاحظة مصلحة اليتيم وان لم يكن شيعيا او فى الفقاهة بأن يكون من نواب الامام عليه السلام عموما فى القضاء بين المسلمين أو فى العدالة ·

وابعد المصنف الاحتمال الثالث وتبعه شيخنا الاستاد بدعوى انه لو كان المراد بها المماثلة فى الفقاهة لكان مفهوم الشرط انه لو لم يكن القيم فقيها ففيه الباس وهذا ينافى كون التصرف فى مال اليتيم والقيام بأمر من الامور التى لا تسقط بتعذر اذن الفقيه فيدور الامر بين الاحتمالين الاخيرين والنسبة بين الوثاقة والعدالة وان كان عموما من وجه الا انه لا شبهة ان العدل ايضا لابدّ من ان يتصرف فيما هو مصلحة اليتيم ،فالعدالة فى هذا الباب هى الاخص من الوثاقة وفى الدوران بين الخاص والعام الخاص هو المتيقن واذن فلابدّ وان يكون المتصدى عادلا والمماثلة تحمل على هذا ·

ويرد عليه ان الاطلاق يكون متبعا اذا شك فى تعين المراد ، فيكون بمقتضى ظهور الكلام متعينا واما اذا كان المراد معلوما بالعلم الخارجى فكان الشك فى كيفية المراد فلا يمكن اثبات ذلك باصالة عدم التقييد، كما فى المقام ·

وبعبارة اخرى قد حققنا فى المفاهيم وفى غيرها ان اطلاق المفهوم كسائر الاطلاقات من الحجج الشرعية ومتبع بالنسبة الى تعين المراد من المتكلم فالعلم بعدم ارادة الاطلاق من الخارج لا يضرّ بالاطلاق ولا يوجب عدم وجوده ففى المقام وانكان ثبوت الولاية لغير الفقيه عند تعذر الوصول اليه مسلما ولكنه بالعلم الخارجى فهو لا يضرّ بثبوت المفهوم على الاطلاق و انه اذا لم يكن فقيه لا يجوز القيام بأمر الصغير كما هو واضح ·

على انه ينتقض بجعل المماثلة فى العدالة ايضا اذ لا شبهةفى ثبوت الولاية لغير العادل عند تعذر العدول وتعذر تحصيل الاذن منه ، فالاشكال المذكور من هذا الجهة مشترك.

والانصاف أن كل من المحملات قابل الارادة اذن فتكون الرواية مجملة فالمتيقن من المماثلة هو اجتماع جميع الجهات فى الولى للصغير فلا تكون الرواية شاهدة لما نحن فيه ،فافهم.

وحاصل الكلام :انه استدل على ولاية عدول المؤمنين مع الوصول الى الفقيه بروايات.

منها :صحيحة محمد بن اسماعيل المذكورة وقدعرفت ان المحتملات فيها اربعة المماثلة فى التشيع والمماثلة فى الفقاهة والممثالة فى العدالة والممثالة فى الوثاقة ،وقدعرفت ان الشيخ وشيخنا الاستاد قداشكلافى ارادة الفقاهة من المماثلة للعلم بولاية عدول المؤمنين مع تعذر الوصول الى الفقيه مع ان مفهوم ذلك ينفى وصول النوبة اليهم لكونه انه اذا لم يكن القيم فقيها فلايجوز ،فاطلاقه ينفى جواز ولاية عدول المؤمنين امكن الوصول الى الفقيه أو لم يمكن فاعتبر العدالة فيه فى صورة التعذر اذ لم يكن القاضى المذكور فى الرواية فقيها ولا عادلا ولا شيعيا حتى يتوهم انه لم يكن الوصول الى الفقيه متعذرا.

فنقول : اما احتمال التماثل فى التشيّع فبعيد جدا اذ الظاهر من الرواية ان الشيعية مفروض الوجود ومفروغ عنه ،وانما السؤال من جهة أخرى وان نصب القاضى يجّوز جواز التصرّف للقيم أم لا ؟ مع عدم كون القاضى شيعيا ولا فقيها فى مذهبنا ولا عدلا ،بل ولا ثقة على الظاهر ولو مع الشك.

وذلك لان فرض السائل كون الرجل من اصحابنا وجعل القاضى العبد

الحميد فيما مع جريان العادة بجعل القيم من الاصدقاء ومن المقربين المطلعين على خصوصيات احوال الميت يساعد كونه شيعيّا ٠

وأما ما اورد المصنف والاستاذ بارادة المماثلة فى الفقاهة ،ففيه اولا النقض بارادة المماثلة فى العدالة اذ المحذور المذكور وارد على هذا ايضا للعلم بوصول النوبة الى المؤمنين الفاسقين مع تعذر العدل منهم العياذ بالله مع انّ المفهوم ينتفى جواز توليتهم على ذلك٠

وثانيا : انه قد حقق فى المفاهيم وغيرها ان اصالة عدم التقيد وظهور الاطلاق انما يتبع فيما اذا كان الشك فى أصل المراد فمقتضى ظهور الكلام واطلاقه نستكشف مراد المتكلم وينتج به له وعليه وهذا بخلاف مالو علم المراد من الخارج وكان الشك فى كيفية المراد فح لا يمكن التمسك باصالة عدم التقييد

ففى المقام قد علم المراد من الخارج بانه مع تعذر الفقيه تصل النوبة الى العدول من المؤمنين فى الولاية على الصغار،وكان الشك فى كيفية ذلك المراد من المفهوم فلا يجوز،ح التمسك باصالة عدم التقييد لاطلاق مفهوم فى بيان كيفية المراد حتى يتوهم ان اطلاق المفهوم ينفى وصول النوبة الى المؤمنين العادلين فليس المورد موردا للتمسك باصالة عدم التقييد اصلا ، كما هو واضح ،اذن فلا مجال لاشكال المصنف اذ هو مفروض التمسك باصالة عدم التقييد وقد عرفت عدم وصول النوبة اليها ٠

والتحقيق ان الظاهر ارادة المماثلة من الروايه من جميع الجهات حتى فى العربية والكوفية ولكن نرفع اليد عن ذلك فى الامور التى نقطع بعدم مدخليتها فى الحكم بنحو كالعربية والكوفية ونحوهما ويبقى الباقى تحت الاطلاق .بل كلما نشك فى خروجه ودخوله من جهه مدخليته وعدمه

وانما الخارج مانعلم بعدم دخالته فى الحكم ، اذن فلاوجه لاعتبار العدالة فقط من جهة اخذ القدر المتيقن .

وعليه فلابدّ من اعتبار الفقاهة والوثاقة والعدالة وجميع الخصوصيات للمحسنة التى نحتمل دخالتها فى الحكم فى الولاية المجعوله فى الرواية فافهم .

نعم ، ربما يقال ان عبد الحميد هذا محتمل بين اثنين أحدهما ثقة لم تثبت فقاهته ، وهو ابن سالم ، والآخر فقيه ولم يثبت وثاقته وهو ابن سعيد ، فح تكون الرواية مجملة من حيث اعتبار الفقاهة ولكن الظاهر ان المراد منه هو عبد الحميد ابن سالم كما صرح به فى الرواية حيث قال وجعل عبد الحميد بن سالم القيم بماله كما فى التهذيب فى باب الزيادة من الوصية وأن توثيقه لم ينحصر بهذه الرواية ، بل ظاهر عبارة النجاشى فى ابنه محمد بن عبد الحميد بن سالم هو ذلك مع اثبات كتاب له فيكون فقيها فلاحظ ، بل يكفى فى اعتبار المماثلة مجرّد الاحتمال فى كونه فقيها فانهم على انه لا يمكن الاستدلال بها بما نحن فيه لتوهم ورودها فى خصوص عدول المؤمنين اذ محل كلامنا فى ولاية عدول المؤمنين واعتبار العدالة فيهم بعد تعذر الوصول الى الفقيه ولكن مقتضى الرواية بحسب الاطلاق ساكت عن صورة التعذر بالوصول اليه عن صورة الوصول بالامام عليه السلام لامكانه ايصالهم وان كان بعد ايام فان الظاهر ان بيع جميع مال الصغار لم يكن ضروريا حتى لا يمكن الرجوع اليه (ع) كما ترك بيع الجوارى حتى سئل عن الامام (ع) .

نعم ، باطلاقها تدل على اعتبار العدالة فى صورة التعذر ايضا ، بل بالاولوية ولكن هذا غير ورودها فى خصوص صورة التعذر واعتبار العدالة فى المؤمنين اذا كانوا وليّا ، بل مع قطع نظر عن الشبهة المذكورة فلابد من

اعتبار الفقاهة ايضا بمقتضى المماثلة كما عرفت. وبالجملة لا نفهم من الرواية مايوجب اعتبار العدالة فى الولى بعد تعذر الوصول الى الفقيه.

ومنها موثقة سماعة فى رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيّة وله خدم ومماليك كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك، قال: ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كلّه فلا باس، واستفاد المصنف من ذلك اعتبار الوثاقه فيه و ان لم يكن فيه ملكة العدالة وحمل على ذلك رواية محمد بن اسماعيل المتقدمة اذ كان اعتبار العدالة فى الولى المؤمن اعتمادا عليها من جهة الاخذ بالقدر المتيقن فهذه الرواية يبين المراد وكون المناط هى الوثاقة وان لم يكن عدلا ولا اماميّا.

ولكن الظاهر ان المراد من الثقة بالرواية غير ما فهمه المصنف اذا المعنى الذى ذكره ناشى من الارتكاز بماذكره أهل الرجال من معنى الوثاقة والاّ فالوثاقة فى الروايات ليس هى العدالة، بل اخص منها اذ ربمايكون العادل غير ثقة فى فعله لعدم التفاته بمزيا التصرف لبله ونحوه، وقد ورد فى بعض الروايات الدالة على اعتبار العدالة فى امام الجماعه بأنه اذا كان ثقة ترضون دينه وفى بعض الروايات ان فلانا ثقة فى دينه ودنياه، و هذه الرواية ايضا ساكتة عن صورة التعذر من الفقيه بل من الإمام ايضا و منها صحيحة اسماعيل بن سعد فانها تدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة حيث قال عليه السلام اذا رضى الورثة بالبيع وقام عدل فى ذلك فهى أيضا اعم من صورة التعذر من الوصول الى الفقيه، بل الى الامام، و عدمه فيعتبر نفس العدالة فى ذلك.

والظاهر ان الذى يستفاد من الروايات هو جواز ولايه عدول المؤمنين فى خصوص مال اليتيم توسعة ولو مع التمكن الاذن من الامام أو الفقيه،

اذ العادة جارية بعدم التمكن فى جميع النقاط حتى القرى ،واما فى غير التصرّف فى مال اليتيم بالبيع فلا حتى الشرى لهم ولو كان مصلحه وهذه المدعى فى غاية الوضوح خصوصا على الشبهة المذكورة فى عدم اعتبار الفقاهة من جهة المماثلة فلا دلالة فيها على اعتبار العدالة فى الولى عند التعذر من الفقيه الذى هو محل الكلام الّا على الاطلاق .

قوله : ثم انه حيث ثبت جواز تصرّف المؤمنين ،فالظاهر انه على وجه التكليف الوجوبى او الندبى لا على وجه النيابة من حاكم الشرع .

أقول : ربما يقال ان من ثبت الولاية له فى زمان الغيبة على غيرهم كالوكلاء المتعددين فى آن بناء واحد عن تصرّف مغاير لما بنى عليه الاول فاجاب عنه المصنف بان الوكلاء اذا فرضوا وكلاء فى نفس التصرف لا فى مقدماته فما لم يتحقق التصرف من أحدهم كان الاخر مأذونا فى تصرف مغاير وان بنى عليه الاول ودخل فيه ،اما اذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون الزامهم كالزامه ودخولهم فى الامر كدخوله وفرضنا أيضا عدم دلالة دليل وكالتهم على الاذن فى مخالفه نفس الموكّل والتّعدّى عمّا بنى هو عليه مباشرة او أستنابة كان حكمه حكم مانحن فيه .

وفيه ان المقدمات ليست من الامور التى تقبل النيابه والوكاله بل مورد الوكالة هى الامور الاعتبارية كالتزويج والبيع وسائر المعاملات واما المقدمات كسائر الافعال التكوينية مثل الاكل والشرب فغير قابله للوكاله .

والذى ينبغى ان يقال هو ان الظاهر ان ينظر الى دليل الوكالة فان كان فيه اطلاق حتى يشمل صورة وضع الاخر يده على المال أو أكثر من ذلك فيجوز ،بل مع الاطلاق والشمول يجوز للوكيل الثانى ان يتصرف فيه على خلاف تصرّف نفس الموكل فضلا عن وكليه وان لم يكن لدليل الوكاله اطلاق

فلايجوز للثاني ان يتصرف في غير ماعلم دخوله تحت وكالته وان يضع الاخر يده عليه لقصور ما دل على جواز التصرف فيه ومن هنا ظهر حكم الوصاية أيضا.

واما الأب والجد فكل منهما ان يتصرف في مال اليتيم حتى مع تصرف الاخر بان ينقض تصرفه فضلا اذا وضع يده عليه ولم يتصرّف بعد، فكل منهما ان يفسخ بيع الاخر الذي باعه خيارا وهكذا.

ثم انه فرّق المصنف بين الحكام وعدول المؤمنين في ثبوت الولاية لهم حيث منع من مزاحمة الفقيه الاخر عن الفقيه الذي وضع يده على مال اليتيم وجوّزها في عدول المؤمنين ومحصّل كلامه في وجهما ان الولاية الثابتة لعدول المؤمنين ليست الاّ على وجه الجواز أو الوجوب أو الندب التكليفي، لا على وجه النيابة من حاكم الشرع فضلا عن كونه على وجه النصب من الامام عليه السلام فمجرّد وضع أحدهم يده على مال اليتيم لا يمنع الاخر عن تصرفاته نظير الأب والجد حيث يجوز لكل منهما ان يتصرّف فيما وضع الاخر يده عليه.

وأما حكام الشرع فان استندنا في ولايتهم الى مثل التوقيع المتقدم وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة احاديثنا جازت المزاحمة لكل منهم عن تصرّف الاخر قبل تصرّفه اذ الخطاب فيه مختص بالعوام فلا يجوز لهم مزاحمة الفقيه في تصرفاته، واما الفقهاء فكل منهم حجة يجوز أن يتصرّف في مال المولى عليه.

وأما لو استندنا فيها الى عمومات النيابة وتنزيل الفقيه منزلة الامام عليه السلام، فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذي وضع يده عليه اذ دخوله عليه كدخول الامام عليه، فلايجوز مزاحمة الامام فيما يريد الاقدام عليه على انه يلزم من جواز المزاحمة اختلال النظام سيما في مثل هذا الزمان الذي

شاع فیه القیام بوظائف الحکام ممن یدعی الحکومة ·

ویرد علی الثانی أولا انه لا دلیل علی النیابة کما تقدم حتی یقال أن مقتضاه هو تنزیل الفقیه منزلة الامام علیه السلام فلا یجوز مزاحمته وانما الولایة ثبت لهم ولغیرهم من المؤمنین علی تقدیر فقدانهم بمقتضی الاصل و الآ فلیس هنا دلیل لفظی یوخذ بعمومه ·

وثانیا: انه علی تقدیر وجود الدلیل اللفظی فعمومه یقتضی ثبوت الولایة لکل فقیه فی عرض ولایة الاخر وکون کل منهم نازلا منزلة الامام (ع) فلا یلزم من تصرف الثانی مزاحمة الامام أو من هو فی منزلته، اذن فیجوز لکل منهم مزاحمة الاخر، بل التصرف فیما تصرف فیه الاخر بالفسخ ونحوه اذا کان تصرف الاول بمثل بیع الخیاری

واما کونه مستلزما لاختلال النظام من جهة کثرة المدعین لذلک، ففیه ان المدعی لذلک ان کان علی وجه صحیح فلا یلزم فیه اختلال النظام فان احدهم یری مصلحة فیبیع مال الیتیم والاخر یری مصلحة فیفسخ فای اختلال نظام یترتب علیه، فانه یکون مثل تصرّفات الأب والجد حیث یتصرف احدهما فی مال المولی علیه علی وجه ویتصرف الاخر علی خلافه، بل ینقضه بان یفسخ بیعه مثلا فهل یتوهم أحد لزوم اختلال النظام من ذلک ·

ویرد علی الاول انه لا نفهم معنی لکون ولا یتهم علی وجه التکلیفی الوجوبی او الندبی اذ لا شبهة فی نفوذ تصرفهم من البیع والشراء وغیرهما من اقسام التصرفات عند فقد الحکام ولیس معنی الولایة الآ ذلک التی ثبت من قبل الامام والآ فمجرّد الحکم التکلیفی فهو من الامور الحسبیة الغیر المربوطة بباب الولایة اذن فولایة العدول کولایة الفقیه فلا وجه للتفریق ·

علی ان الدلیل الدال علی ثبوت الولایة لهم لو تم فانما هی کالولایة الثابتة للفقیه وانهم مع فقدهم کالفقیه مع فقد الامام علیه السلام، فالفرق

بينهما بلا وجه ·

وتوهم اختلال النظام فى الثانى دون ولاية العدول مع كونهم أكثر فاسد ،والتحقيق هنا هو ماتقدم سابقا من ان الولاية الثابتة للفقهاء و لعدول المؤمنين انما هى بحسب الاصل وأخذ القدر المتيقن من جواز التصرّف فى مال الغير فنتيجته عدم جواز تصرّف الفقيه الاخر فى مال المولى عليه بعد وضع الاول يده عليه او تصرّفه فيه لكونه تصرفا فى مال الغير فهو حرام اذ لم نحرز جوازه الآللاول لكونه هو المتيقن وهكذا الكلام فى عدول المؤمنين فماذكره المصنف فى الحكام وان كان متينا من حيث المدعى ولكنه لا يتم من جهة الدليل الذى ذكره ·

وبالجملة فالاصل الاولى يقتضى عدم جواز التصرّف لأحدفى مال غيره وبعد القطع بجوازه فى مال اليتيم للحكام ولعدول المؤمنين فى الجملة فالمتيقن منه هو عدم جواز تصرّف الثانى فيه بعد وضع الاول يده عليه أو تصرفه فيه ·

قوله : اما ماورد فيه العموم فالكلام فيه قد يقع فى جواز مباشرة الفاسق ·

أقول : ذكر المصنف هنا فروعا لا باس بالاشارة اليها :ـ

الاول : انه هل يجوز مباشرة الفاسق فى مال اليتيم مثلا أم لا ؟ فحكم المصنف(ره) هنا بالجواز ،وعدم اعتبار العدالة فى منصب المباشر بدعوى شمول عموم ادلة فعل المعروف وان كانت الادلة الخاصة قاصرة وتلك العموم كقوله(ع) عون الضعيف من أفضل الصدقة وعموم قوله تعالى ((ولا تقربوا مال اليتيم الاّ بالتى هى أحسن)) ونحو ذلك ·

وفيه الظاهر ان ما افاده ليس بتمام ،بل لا بدّ من العمل بمقتضى الأصل الذى كان مفاده عدم جواز تصرف غير العادل فى مال الصغير عند

فقد الفقيه لكونه هو القدر المتيقن فى ذلك الخارج عن أصالة عدم جواز التصرف فى مال الغير .

وأما عموم عون الضعيف من أفضل الصدقة فعلى تقدير صحة الحديث فهو ناظر الى الكبرى وان كلما كان عونا للضعيف فهى صدقة وأما الصغرى فلابد وان تكون محرزة من الخارج فلاتكون الكبرى متكفله لاثبات الصغرى اذ لا نسلم ان تكون تصرّف الفاسق فى مال اليتيم من مصاديق الصدقه فضلا عن كونه من افضلها ومن هنا ظهر الجواب عن عموم قوله تعالى ((ولا تقربوا مال اليتيم الاّ بالتى هى أحسن)) فان الكبرى وان كان مسلما و لكن لا نسلم ان تصرّف الفاسق فى مال اليتيم من القرب الحسن بأى معنى أخذ القرب والحسن على ماذكره المصنف من معانيهما حتى فى صوركون التصرف صلاحا أو لم يكن الترك أصلح من الفعل ، بل كان الفعل أصلح من الترك اذ التصرّف حرام فلا يجوز بمثل تلك الاحتمالات ما لم تثبت الولاية للمتصرف فى مال اليتيم كما لا يخفى ، بل تدل على عدم جواز بيعه وتصرفه فيه الاخبار المتقدمة الدالة على عدم جواز الشرى من الفاسق الذى تصدى الى التصرف فى مال اليتيم فانه اذا لم يجز الشرى لم يجز البيع ايضا فانه لا معنى لصحة البيع من طرف البايع وبطلانه من طرف المشترى ، بل بطلان من أحد الطرفين يستلزم البطلان من الطرف الاخر أيضا .

وبالجملة لا وجه لتصرّف الفاسق فى مال اليتيم بوجه وانه طريق غير حسن لعدم الدليل على جواز تصرّفه وعدم شمول العمومات المتقدمة عليه كما عرفت .

الثانى : فى حكم الشراء من الفاسق فالظاهر ايضا اشتراط العدالة فيه فلا يجوز الشراء منه وان ادعى كون الفعل مصلحة ، بل يجب أخذ المال

من يده حسبة لدلالة الروايات المتقدمة على اعتبار العدالة فيمن تصدى لبيع مال اليتيم ليكون الشرى منه كقوله عليه السلام فى رواية زراعفوقام عدل فى ذلك وغيره فقد فرق المصنف بين هذه المسئلة وبين المسألة السابقة من انه لو وجد فى يد الفاسق ثمن من مال الصغيرلم يلزم الفسخ مع المشترى وأخذ الثمن من الفاسق والوجه فى ذلك هو ان الموضوع فى المسألة السابقة هو اصلاح المال ومراعات الحال والتصرف معنون بذلك العنوان و هو لا يحرز باخباره قولا أو عملا ،ولا باصالة الصحة اذ مورد اصالة الصحة انما هو فيما تحقق الفعل فى الخارج وشك فى صحته وفساده من ناحية بعض الشروط ،ففى المقام لم يتحقق الفعل ليحمل على الصحة حين الشك فى الصحة والفساد ،بل يريد المشترى أن يشترى من الفاسق فاصالة الصحة لا تحرز شرائط الفعل الذى فى معرض الوقوع وهذا بخلافه فى المسألة السابقة فانّ الغرض الذى هو حفظ مال اليتيم واصلاحه حاصل اذ لا يعلم ان ماله هو الثمن أو المثمن فباصالة صحة المعاملة يحكم بكونه هو الاول ٠

ولكن الظاهر ان هذا الفرق فاسد فلا تجرى اصالة الصحة فى كلتا المسألتين فان مقتضى الروايات المتقدمة هو لزوم احراز الشراء من العادل ولذا قال عليه السلام وقام عدل وان التصرّف الصادر من غير العادل فاسد وان كان فيه غبطة الصغير لعدم كونه وليّا ٠

وعليه وان كان الثمن فى يد الفاسق وتحققت المعاملة بتصرفه و لكن هذا التصرّف باطل لعدم صدوره عن أهله لعدم كونه وليّا ففعله هذا فاسد قطعا ،فكيف يحمل على الصحة باصالة الصحة فان مورد اصالة الصحة انما هو فيما كان للفعل صحة تاهليّة بعد وقوعه فى الخارج فالفعل الواقع هنا فاسد قطعا لعدم صدوره عن اهله فكيف يحمل على الصحه باصالة الصحة

فما ذكره من عدم جريان اصالة الصحة فى الفرع الثانى وعدم قياسه بصلاة الميت جار هنا بلا زيادة ونقيصة ·

وبالجملة بعد ماثبت انه لا ولاية للفاسق على مال الصغير وان تصرفاته ليست بنافذة فى حقه فلايفرق فى عدم ترتيب الاثر على فعله بين الحدوث والبقاء ففى كلتا المسألتين يحمل فعله على الفساد كيف فان اصالة الصحة لا يجعل الفاسق الذى ليس له التصدى بامور الصغير جزما وليّا له ولا ينقض تعجبى من المصنف كيف رضى بجريانها هنا وتصحيح عمله بها بعد العلم بعدم كونه اهلا للتصرّف وهذا نظير ان يحمل بيع غير المالك ، كالغاصب على الصحة باصالة الصحة مع العلم بكونه غاصبا فهى توجب كونه مالكا وكك هنا ان اصالة الصحة لا تعجل غير الولى وليّا ولا تجعل الفعل الذى ليس له صحة تأهلية ، بل فاسد جزما كما هو واضح ·

وتوهم كون الثمن فى يد الفاسق يدل على الصحة بمقتضى قاعدة اليد توهم فاسد فان قاعدة اليد انما تصلح المعاملة من جهة الشك فى المالك ففى المقام انها لا تثبت الولاية لمن ليس بولى قطعا ، نعم لو صدر الفعل ممن لا ندرى انه عادل أم لا فسيأتى حمل الفعل فيه على الصحة فكم فرق بين المسألتين ·

نعم لوصدر البيع من شخص وشككنا فى صحته وفساده من جهة الشك فى كونه عادلا اوغير عادل مى اعتبار العدالة فى الولى أو شككنا فى كونه وليّا اوغير ولى ولو كان عادلا فيحمل على الصحةفان المناط فى أصالة الصحة الذى هو تحقق الفعل فى الخارج والشك فى صحته وفساده موجود هنا ، فمقتضى اصالة الصحة يحمل بيعه على الصحة وهذا غير ماتقدم من صدور الفعل من غير أهله قطعا بحيث لا مجال لاصالة الصحة بوجه فافهم ·

ثم لو اردنا اشتراء مال الصغير ممن نشك فى انه عادل ليكون وليّا عنه وكان تصرفه نافذا او فاسق لا ينفذ تصرّفه فلا يمكن حمله على الصحة باصالة الصحة ، فانها انما تجرى فى مورد تحقق الفعل فى الخارج وشك فى صحته وفساده كما عرفت ، ففى هنا لم يتحقق الفعل بعد ، فكيف يحمل على الصحة فاصالة الصحة لا يتكفل على اثبات ان المتصدى بالفعل الذى يريد ايجاده فى الخارج ولى للصغير كما هو واضح .

ولا تجرى هنا قاعدة اليد أيضا لانها لا تجعل من لا ندرى ولايته على الصغير وليّا ويتضح ماذكرناه بملاحظة ما تقدم من لزوم احراز ان الشراء لا بد وان يكون من العادل بمقتضى قوله عليه السلام وقام عدل على ذلك والاّ فلا يجوز الشراء وهذا غير ما ذكرناه من حمل فعله على الصحة مع الشك فى الصحة والفساد اذ هو بعد تحقق الفعل وكان فيه موضوع اصالة الصحة تماما .

وربما يقال بقياس ذلك بالشك فى تصرّف الولى من انه عادل أم لا ؟ فكما يحمل فعله على الصحة فكك هنا .

ولكنه من العجائب وجوابه يظهر من كلامه اذ توقفنا فى حمل الشراء ممن لا نعلم انه عادل ام لا ، من جهة عدم العلم بعدالته وولايته اذ الولى على مال الصغير انما هو العادل فما لم نحرز ذلك لم نحرز ان الفعل صدر من الولى وان شرائنا ممن له التصرف فى ماله فلا يجوز الاقدام عليه قبل الاحراز وهذا بخلاف ماصدر الفعل عن الولى مع العلم بكونه وليّا جزما وشككنا فى عدالته وفسقه فان الولاية ونفوذ التصرّف فيه محرز قطعا وانما الشك فى أمر آخر غير مربوط بالولاية وبنفوذ التصرف فكم فرق بينهما .

ثم لو أخبر الفاسق على وقوع الفعل كاخباره على وقوع الصلاة على الميت أو بوقوع التصرّف من العادل مثلا ، لا يسمع اخباره اذ لا دليل على

حجية خبر الفاسق ولا دليل على الاعتبار فى خصوص المقام ، بل يسمع قول المخبر بوقوع الفعل وان لم يكن عادلا بناء على اختصاص ادلة اعتبار الخبر بالاحكام وعدم شموله على الموضوعات وما نحن فيه ايضا كك فلابد من ترتيب الاثر عليه من قيام البينة على ذلك كما هو واضح لا يخفى فافهم .

والحاصل : انه يقع الكلام فى جهتين :—

الاولى : فى اعتبار العدالة فى تصرّف المتصرف وعدم اعتبارها فيه .

والثانية : فى مشروعية معاملة الغير مع المباشر ، وانه هل يعتبر عدالة المباشر أم لا ؟ وانما لم نعتبر اعتبارها فى جهة الاولى .

أما الجهة الاولى : فقد عرفت ان المصنف لم نعتبر العدالة فى تصرف المتصرّف فى مال الصغير مع فقدان الولى وتمسك فى ذلك بقوله عليه السلام عون الضعيف من أفضل الصدقة ، وقوله تعالى ((ولا تقربوا مال اليتيم الاّ بالتى هى أحسن)) فيجوز ان يتصرف الفاسق فى مال الصغير ولو لم يستأذن من الحاكم .

وفيه انك قد عرفت عدم جواز تصرّف الفاسق فى مال الصغير الاّ مع الاستيذان من الولى أو الحاكم ، وأما عون الضعيف من أفضل الصدقة فعلى تقدير قبول الصحة فلا دلالة فيه على المقصود اذ هو ناظر الى مطلوبية الكبرى فلا يشمل ما يشك فى كونه عونا اذ لا يتكفل الكبرى على ايجاد الصغرى ، و كك قوله تعالى ((ولا تقربوا مال اليتيم الاّ بالتى هى أحسن)) اذ هو لا يثبت ان تصرّف الفاسق من القرب الحسن مضافا الى دلاله الروايات المتقدمه على اعتبار العدالة كما عرفت . اذن فلا يجوز لغير العادل التصرف فى مال الصغير بمقتضى الاصل الذى عرفته .

وأما الجهة الثانية : اعنى جواز الشرى ممن ليس بعادل فقد اعتبر المصنف

العدالة هنا للرواية المتقدمة ، بل حكم بوجوب اخذ المال من يده ، و لا يمكن تصحيحه بحمل فعل المسلم على الصحيح باصالة الصحة اذ الموضوع هنا عنوان بسيط اعنى اصلاح مال الصغير فنشك فى تحققه وعدمه فلا يحرز باصالة الصحة وليس ذلك مثلا اتيان صلاة الميت فانها بعد تحققها فى الخارج فنحمل على الصحة اذ الواجب هنا هى الصلاة الصحيحه وقد علم صدوراصلها من الفاسق واذا شك فى صحتها احرزت باصالة الصحه بخلافه هنا اذ عرفت ان الواجب هو العنوان البسيط فلم يتحقق فى الخارج وهو كاخبار الفاسق بوقوع الصلاة على الميت ثم نزله منزلة بلوغ البايع فانه لا يحرز باصالة الصحة ثم حكم بجريانها فيما اذا وجد الثمن فى يد الفاسق من مال الصغير وتردد الامر بين كون الثمن ملكا للصغير أو المثمن فباصالة صحة المعاملة من الطرفين يحكم بكون الثمن من مال الصغير ثم امر بالتدبر .

ويرد عليه أولا : انه ليس فى الادلة السابقة مايدل على ان الموضوع فى فى المقام هو اصلاح مال ومراعات الحال ليكون الشك فيه شكا فى أصل تحققه فلا يمكن احرازه باصالة الصحة ، بل الظاهر منها عدم جواز التصرف فى ماله الآ بوجه عيّنه الشارع ، وذلك الوجه هو الوجه الحسن على ماذكر فى الاية ، فالموضوع فى المقام هو عنوان القرب المشروط بكون على وجه حسن ، فاصل القرب محرز بالوجدان فشرطه فهو كونه بوجه حسن باصالة الصحة .

وبالجملة انه لا وجه للمنع عن جريان اصالة الصحة بوجه ولو كانت الاية الآ بالتى هى أصلح فانه ح تكون الاصلحية شرطا للقرب لا موضوعا للحكم .

وثانيا : على تقدير كون الموضوع هو اصلاح المال فلا وجه لاجراء اصالة الصحة فيما اذا تردد الامر بين كون مال الصغير هو الثمن او المثمن ، اذ مجرد التردد لا يوجب اجراء اصالة الصحة فاصل عنوان اصلاح المال مشكوك الوجود فلا يحرز باصالة الصحة فلا وجه له ان يفرق بين المسألتين بل يشكل الامر ح لو كان المتصدى هو العادل وشككنا فى كونه اصلاحا فى حق الصغير

ومراعاة له أم لا؟ فيكون اصل عنوان الاصلاح مشكوكا فلايحرز باصالة الصحة ولعل انى ماذكرناه اشار بالامر بالتدبر، فافهم.

والذى ينبغى ان يقال انه ليس لنا دليل لفظى دل على حجية اصالة الصحة وكونها من الاصول المعتبر واماقوله((ضع فعل اخيك المسلم على أحسنه)) فقد قرر فى محله انه خارج عن حدود اصالة الصحة التى من الاصول المعتبرة فى الفقه، فان مورد ضع فعل أخيك على أحسنه هو عدم حمل فعل الاخ على الحرام، مثلا لو علم أنه تكلم بشئ فيحمل على أحسنه من انه لم يفحش لا انه حمل على أنه سلم ليكون رده واجبا وكك عامل معاملة فتحمل على انها ليست ربوية لا أنها معاملة صحيحة، فالمقصود أنه حكم اخلاقى نظير صدق اخيك ولو يجئك خمسون قسامة فكذبهم فمعناه لا ترتب الاثر على قولهم فاحمل كلامه على احسنه لا انه كذبهم واحملهم على الكذب.

وانما الدليل على اعتبارها السيرة القطعية المستمرفى بعض الموارد والظاهر ان الضابطة فيها هو ماكان الفاعل الذى يحمل فعله على الصحة مسلطا على التصرف ومالكا له وبعد احراز سلطنته عليه فاذا شك فى بعض الشرائط فيكون فعله محمولا على الصحة والوجه فيه هوان السيرة دليل لبىّ لا يؤخذ بها الاّ بالمقدار المتيقن وعليه فلايجوز لأن يحمل الفعل الصادر من الفاعل الذى لا ندرى كونه مالكا على التصرف وعدم كونه مالكا عليه على الصحة فلايمكن الحكم بصحة المعاملة اذا صدر الفعل من الفاسق و شك فى ان الثمن هومال الصغير اوالمثمن وهكذا لا يمكن الحكم بالصحة باصالة الصحة اذا صدر الفعل من الفاسق ولكن نحتمل انه استأذن من العادل أومن الولى أم لا لعدم احراز مالكيته على التصرف فلايكون موردا للسيرة وهكذا وهكذا ومن هنا لا يمكن اجراء اصالة الصحة وتصحيح عقد الوكالة بها اذا شك فى كون البايع وكيلا من قبل المالك اوفضوليا فى بيعه، هذا اذ لم يحرز انه مالك للتصرف حتى يحمل فعله على الصحة وبكونه بعنوان الوكالة و من هذا

القبيل الشك فى البلوغ وهكذا كل ماكان من هذه القبيل ، والوجه هى كلمة واحدة وهو كون الدليل على اصالة الصحة هى السيرة فهى لبيّة فيؤخذ بالمقدار المتيقن فلايشمل الموارد المشكوكة فالمورد المتيقن لها هوماذكرناه .

لا يقال انه اذا اعتبر فى جريان اصالة الصحة مالكية المتصرف على التصرف فبماذا تحملون على الصحه فما اذا تردد البيع الصادر من البايع بين كونه بيعا صحيحا أو بيعا ربويا مع عدم كونه مالكا على ايجاد البيع الربوى .

فانه يقال انه يكفى فى ذلك مالكيته على الطرف الذى تحمل فعله عليه باصالة الصحة فلايلزم كونه مالكا على جميع اطراف المحتملات كما لا يخفى فيكفى فى المثال المذكور كونه مالكا على ايجاد البيع الصحيح نيحمل عليه مع التردد بينه وبين البيع الفاسد هذا كله فيما اذا لم يكن المال فى يد المتصرف ، واما اذا كان ذواليد على المال وكان المال تحت يده فادعى كونه مالكا للتصرف بكونه وليّا أو مستأذنا منه مع امكان ماادعاه فهل يمكن حمل فعله على الصحة هنا أم لا ؟

الظاهر أنه لا يمكن حمله على الصحة هنا ايضا لعدم السيره على ذلك بل لابد وان تؤخذ المال منه فضلا عن نفوذ تصرّفه فانه مع العلم بكونه غير مالك وان مابيده مال الصغير فمجرّد احتمال كونه مالكا على التصرف بالاستيذان أو الوكالة من وليه أو كونه وليّا لا يجوز حمل فعله على الصحة، لعدم العلم بجريان السيرة فيه ، بل يكفى الشك فى عدم الجريان لماعرفت من كونها دليلا لبيّا فيؤخذ القدر المتيقن منه فما لم يكن عالم بالسيرة فلا يمكن حمل فعله على الصحة .

نعم ، يمكن الحمل فعله على الصحة لوكان ظاهر الحال تقتضي مالكيته واعترف بعدم كونه مالكا ، بل وكيلا من قبله او مأذون منه بحيث لولا الاعتر- لعومل معه معاملة المالك كما اذا اردنا ان نشترى شيئا من البقال فقلنا

اعطه بسر كذا ، فقال انه مال الغير او مال اليتيم لا اعطى الا بثمن كذا ، فليس لنا ان نأخذه ونقول فقد اعترفت بكونه مال الغير فاثبت وكالتك عنه ، بل يصدق قوله فيحمل معاملاته على الصحة اذ السيرة قائمة على ذلك فى امثاله فلم يتوقف أحد فى المعاملة عليه .

وبالجملة فموارد الاطمئنانات الشخصية خارجة عما ذكرناه من عدم حمل فعل الغير على الصحة ، اذ يحمل فيها فعل الغير على الصحة ، واما لو علمنا انه استولى على مال الغير فلا ندرى انه وكيل فى التصرف أولا فيدعى الوكالة ويتصرف فيه ، فلا يكون تصرفه هذا نافذا فلا يمكن ترتيب الاثر عليه .

ثم من قبيل ما ذكرناه من اشتراط حمل فعل المسلم على الصحة بكونه مالكا على التصرف ترتيب الاثر بقول الحكام الشرعية ، أو مدعى التولية على وقف ونحوه ، فانه اذا شككنا فى عدم مالكيته على التصرف من جهة الشك فى اجتهاده او عدالته او فى الجهات الاخرى فلا يجوز أن يحمل فعله على الصحة لعدم شمول السيرة عليه .

نعم ، لو احرزنا مالكيته على التصرف وشككنا فى الشرائط الاخرى ، فأصالة الصحة فى فعله وقوله وحكمه جارية بلا اشكال ، فافهم .

قوله : ثم انه هل يشترط فى ولاية غير الأب والجد ملاحظة الغبطة لليتيم أم لا ؟

أقول : المشهور اعتبار المصلحة فى التصرّف فى مال اليتيم ، بل عن بعضهم الاجماع على ذلك بل عن التذكرة فى باب الحجر كونه اتفاقيا بين المسلمين واستدل عليه المصنف بقوله تعالى ((ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن)) وذكر حيث ان توضيح الاية لم يذكر على ما ينبغى فى كلام أحد من المتعرضين لبيان آيات الاحكام ، فلا باس بتوضيح ذلك فى هذا المقام

ومحصل كلامه ان القرب فى الاية يحتمل معانى اربعة :ـ

الاول : مطلق التقليب والتقلب ولو من مكان الى مكان فلايشملها ليس فيه تقليب نا بقائه عند أحد أو على حاله .

والثانى : وضع اليد عليه بعد كونه بعيدا عنه فيكون النهى نهيا عن ذلك ، فلايشمل حكم مابعد الوضع .

الثالث : مايعد فى العرف تصرفا كالاقتراض والبيع والاجارة وشبهها .

الرابع : مطلق الامر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم اعم من الفعل و الترك فالمعنى لا تختاروا فى مال اليتيم فعلا أوتركا الآ ماكان أحسن من غيره .

وأما لفظ الاحسن فى الاية يحتمل ان يراد به ظاهره من التفضيل و يحتمل أن يراد منه الحسن نظير قوله تعالى ((فاولى الارحام بعضهم أولى ببعض)) وعلى الاول فيمكن أن يؤخذ التفضيل المطلق أى لا يجوز التصرف فى مال اليتيم الآ بوجه يكون أصلح من غيره من التصرفات ، أويكون المراد به الافضلية على الترك أى قربا يكون أحسن تركه وعلى الثانى فيمكن أن يراد بالاحسن ما يكون فيه صلاح فلايجوز التصرف اذا لم يكن فيه صلاح ويمكن أن يراد به ما لا مفسدة فيه ، وان لم يكن فيه صلاح أيضا ثم اختار من احتمالات القرب الاحتمال الثالث ومن احتمالات الاحسن الاحتمال الاول أى مايكون بمعنى التفضيل المطلق ، وعليه فاذا كان بيع مال الصغير أصلح ، فبعناه بعشرة دراهم ، ثم فرضنا أنه لا يتفاوت ابقاء الدراهم لليتيم أوتبديله بالدينار فاراد الولى أن يجعله دينارا ، فلايجوز بعد كونه أصلح من تركه ، بل هما سيان وأن كان يجوز ذلك من الاول اذا كانت المصلحة فى الابتداء فى تبديل المال بالنقد من غير فرق فى تبديله بالدينار أو الدرهم و أما لو

جعلنا الحسن بمعنى لا مفسدة فيه فيجوز ذلك كما يجوز لو أخذ بالاحتمال الرابع للقرب اذ كما ان الولى مخيّر فى الاول بين جعله دينارا أو درهما فكك له التخيير بقاء اذ ليس لاحد الفردين مزية على الاخر لا فى الابتداء ولا فى الاستدامة فيكون القدر المشترك بينهما هو الحسن فيكون مخيرا ابتداء واستدامة ·

ثم قال ان الانصاف هو أن مرجوحية المعنى الرابع فى نظر العرف ثم استظر من بعض الروايات ان المناط فى جواز التصرّف فى مال اليتيم هو عدم الضرر عليه كما ان المناط فى الحرمة وجود الضرر عليه ·

والذى ينبغى ان يقال ان شيئا من المعانى الاربعة لا يرتبط بالقرب اما الاحتمال الثالث فلأن مثل البيع والاقتراض والاجارة ونحوها مما يعد فى العرف تصرفا ليس قربا فانه هو الاتيان وليس فى امثال ذلك قرب و اتيان بوجه واما المعنى الرابع فهو ليس بتمام فى نفسه ، بل يعد جعله من معانى القرب من العجائب اذ لا يصدق القرب على الترك وعلى الاعدام فهل يقال لمن ترك شيئا انه قرب منه ·

وأما المعنى الثانى فلا وجه له أيضا اذ لا وجه لتخصيص القرب بالابتداء وعدم شموله للاستدامة فانه تخصيص بلا مخصص وكك لا وجه للرابع وتخصيصه بالتقليب والتقلب وعدم شموله لابقائه فى حاله أو عند احد مع انه يمكن أن يكون نفس الابقاء عند أحد استيلاء عليه ، بل معنى القرب هو الاتيان الى الشىء خارجا والاستيلاء فتارة ينسب الى الافعال كقوله تعالى ((ولا تقربوا الفواحش)) والاخرى الى الاعيان كقوله تعالى ((ولا تقربوا مال اليتيم)) فالمعنى هنا والله العالم انه لا يجوز الاستيلاء على مال اليتيم وتملكه الاّ بوجه يكون حسنا ومصلحة وعليه فيكون النهى متمحضا للتكليفى لعدم ارتباط

الاية بالمعاملات بوجه ليكون النهى ارشادا الى الفساد كماذكرنا مرارا من كون النهى فى باب المعاملات ارشاد الى الفساد ٠

وبالجملة ان الاية خارجة عن المعاملات وليست لها تماس بها لكى يباحث فى فسادها وعدمها ، بل هى مسوقة للنهى عن أكل مالهوالاستيلاء عليه فهى نظيرعلى اليد مااخذت حتى تؤدى ٠

ثم انه لا يفرق فى ذلك بين كون الاستيلاء حدوثا أوبقاء فلو كان مال زيد الصغير وديعة عند عمرو فالى سنة احرزه ، ثم استولى عليه و تملكه و تصرف فيه تصرفا الملاك فتشمله الاية ايضا اذ النهى منحل الى نواهى عديدة على نحو العموم الاستغراقى ٠

ثم اختلف فى ان المراد بالتى أى شىء فقيل انها كنايه عن النيه أى لا تقربوا مال اليتيم الآ بنية حسن ، فيكون الباء صلة زائدة ٠ وقيل ان المراد منها الكيفية أى لا تقربوا مال اليتيم الآ بكيفية حسن وذكرناسابقاان المراد منها الطريقة ويكون البا للسببية وليس هو وصفا للقرب كما توهم و الاكان الصحيح ان يقال الآ بالذى هو أحسن ، ثملا شغل لنا فى انه أى شىء اريد منها او من الاحسن بعد مما علمت خروج الايه عن باب المعاملات و كونها ناهبة عن أكل مال اليتيم والاستيلاء عليه بأىنحومنانحاء التصرفات كما انه لا شغل لنا للبحث فى أنه أى طريق ليجوز التصرف فى مال اليتيم على هذا الوجه بعد ماعرفت انه لا ولاية لاحد على الصغير والتصرف فى ماله من الفقيه والحاكم الشرع فضلا عن عدول المؤمنين وكيف بفساقهمحتى التصرفات التى كانت على مصلحة الصغير فضلا عما لا مصلحة فيه أو فيه ، مفسدة لماله الا فى مورد خاص فهو صورة موت الشخص فأريد بيع ماله فدلّت الرواية على قيام العدل بذلك وبيعه من قبلهم وانما التصرف يجوز

فی ماله حسبة وان نظر الشارع تعلق بحفظه وحفظ ماله من كل احد فاذا شوهد ان داره تخرب او ماله يتلف او هو نفسه فی معرف التلف فيجب لكل أحد على مراتبهم حسبة يحفظوا ماله ونفسه واما فی غير تلك الموارد فلايجوز لاحد أن يتصرّف ولو كان على مصلحة الصغير فكيف ما اذا لم يكن فيه صلاح ،فافهم .

قوله : نعم ربما يظهر من بعض الروايات ان مناط حرمة التصرف هو الضرر .

أقول : قد عرفت عدم دلالة الاية على الولاية فضلا عن اعتبار المصلحة فی تصرفهم بل لا بد من العمل بمقتضى الاصل حيث علمنا جواز التصرف فی مال اليتيم فی بعض الموارد حسبة كما اذا كان فی شرف الخراب فانه يجوز بل يجب البيع وتبديله بالاحسن واما بيع ماله ابتداء ولو كان اصلح فلا يجوز للفقيه فكيف بغيره الا فی موارد القسمة قد ورد النص بقيام العدل عليها

وعلى هذا فلابدّ من الاقتصار بالقدر المتيقن من التصرف فهو صورة اختيار الاصلح فلوكان هنا مشتريان فيشترى أحدهما بخمسين والاخر بمائة فلايجوز بيعه بخمسين الاّ اذا كان فی بيعه بمائة مايوجب التشويش والاضطراب لكون المشترى شخصا متقلبا بجعل الخيانة فی معاملاته .

وربما قيل ان المناط عدم الضرر فقط وان لم يكن فيه نفع لروايتين :ـ

أحديهما :رواية الكاهلی عن الدخول على اليتامى فقال عليه السلام ان كان فی دخولهم عليهم منفعة لهم فلاباس ،وان كان فيه ضرر فلا ، و استظهر منها المصنف ان المراد من منفعة الدخول مايوازی عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم فيكون المراد بالضرر فی الذيل ان لا يصل الى الايتام مايوازی ذلك فلا تنافی بين الصدر والذيل .

وزعم بعضهم ان الرواية انما تعرضت لحكم صورتين احد يهاصورةوجود المنفعة لليتامى والثانية صورة الضرر منهم ،واما الصورة التى يوازى النفع مع الضرر بحيث لم يبق فى البين لا نفع ولا ضرر فسكوت عنها و قوله عليه السلام فى الذيل ان فيه ضرر عليه فلايجوز بيان لاحد شقى المفهوم لكونه اغلب فتكون الرواية اجنبية عن اعتبار عدم الضرر فقط فى تصرفات الولى و لكن الظاهر ان ما فهم المصنف من الرواية هو الوجيه و ذلك من جهة ان طبع الدخول على اليتامى لا يخلو عن الضرر لكونه مستلزما لاستخدام دارهم والاكل من طعامهم والجلوس على بساطهم الى غير ذلك من التصرفات التى لا شبهة فى كونها فى نفسها ضررا عليهم فدخولهم على اليتيم بحسب الطبع ضرر عليهم وعلى هذا فنظر الامام عليه السلام من التجويز فيما اذا كان دخولهم عليهم منفعة ملاحظة الموارات بين ما يصل اليهم من الداخلين وبين ما يقع عليهم من الضرر فيحكم بالجواز مع وجود النفع لهم وبعدمه مع كونه ضررا عليهم وعليه فلايكون فى البين شق ثالث.

ولكن الظاهر ان الرواية خارجة عما نحن فيه اذ هى ليست متعرضة لجواز بيع مال الصغير والتصرف فيه وان كان اصلح لهم ،بل قلنا لا يجوز التصرف الاّ بالمقدار المتيقن الذى تقتضه الحسبة الا فى مورد القسمة ، بل هى متعرضة لبيان جواز الدخول عليهم والاكل من اموالهم اذا لم يكن فيه ضرر بأن يصل منهم اليهم فى مقابل ماورد عليهم من الضرر و لو كان النفع امرا اعتباريا كدخول الشخص التشخص عليهم بحيث يوجب ذلك عدم جرئة الناس عليهم ،بل هذا المقدار الذى تعرض له الروايه امر وجدانى ،بل مما يحكم به العقلاء اذ لولم يدخل عليهم أحد ولم يصل الى امورهم لملاحظة الاصلح فالاصلح لم تحفظ كيانهم ووقعوا فى معرض التلف

الثانية : رواية ابن مغيرة قلت لابی عبد الله عليه السلام انّ لی ابنة أخ يتمة فربما اهدی لها الشیء فاكل منه ثم اطعمها بعد ذلك الشیء من مالی فاقول يارب هذا بهذا قال لا باس فقد ظهر جوابها من الرواية الاولی ايضا ،فان غرض الامام عليه السلام ملاحظة مصلحة اليتيم فی الدخول عليه والاكل مما اهدی اليهم فان المهدی اليهم عادة يكون أكثر مما يكفيهم من الغذا فالزائد عنه يكون فاسد واما اذا ورد عليهم شخص آخر وأكل ذلك فاعطا اياهم مالا آخر فی بدله فيكون اصلح لهم بلاشبهة فهی خارجة عن حدود المعاملات،كما لا يخفی .

وبالجملة مورد الروايتين غير المعاملات من الامور التی قد حكم العقلاء علی جوازه ورضی به الوجدان كما هو واضح ،هذا تمام الكلام فی الولاية .

الكلام فی بيع العبد المسلم علی الكافر

قوله : مسألة : يشرط فمن ينتقل اليه العبد المسلم ثمنا او مثمنا ان يكون مسلما .

أقول : من جملة شرائط المتعاقدين أن يكون المشتری مسلما اذا كان المبيع عبد مسلما فلايجوز نقل العبد المسلم الی الكافر وهذا الحكم لا يختص بالبيع ،بل يجری فی جميع مايوجب تملك الكافر المسلم و لو كان بغير البيع اذ الغرض عدم تملك الكافر علی المسلم بناء علی عدم جوازه لاحرمة البيع منهم واستدل علی ذلك بوجوه :ـ

الاول : التسالم بين الفقهاء علی عدم الجواز ودعوی الاجماع عليه ، فعهدته علی مدعيه فيكون ذلك حجة لمن يطمئن به .

الثانی : الروايات الواردة فی عدم استقرار ملك الكافر علی المسلم و

استدامته بانه لو ملكه قهرا بارث بان كان العبد المسلم تحت يد الكافر فاجبر على البيع فمات وانتقل الى وارثه فبيع على الوارث فيعطى ثمنه منهم لا ان العبد المسلم كان للكافر من غير أن يجبر بالبيع فمات وانتقل الى الوارث والاخبار الواردة فى اسلام العبد الكافر فى ملك سيده فانه بيع عليه أو كانا مسلمين فارتد المولى وكفر فانه بيع العبد عليه وهكذا فيستفاد منها عدم استدامة ملك الكافر على المسلم وانه لا يستقر بقاء فيدل على عدم الملك حدوثا أيضا اذ لا يفرق فيه بين حدوث والبقاء فاذا لم يرض الشارع بذلك بقاء لم يرض به حدوثا أيضا ونزلوا ذلك بمنزلة استفاد تحرمة تنجيس المسجد من الامر بالازالة اذ لو لم تكن التنجيس محرّما لم يكن وجه لوجوب الازالة وأيضا نظير ذلك ما اذا امر باخراج أحد من الدار، فانه يستفاد منه حرمة ادخاله الدار فان غرض المولى عدم وجوده فيها وكونه مبغوضا له لا مجرّد اخراجه وادخاله ثانيا .

وفيه ما اجاب به المصنف ان الامر بازالة ملك الكافر عن المسلم بقاء حكم تكليفى بحيث يحرم ابقاعه فى ملكه ويجب اخراجه عنه فلا يدل على عدم ملكه ابتداء الذى هو من الاحكام الوضعية نعم يدل على عدم كون ملكه مستقرا حدوثا كما دلّ على ذلك بقاء .

وبعبارة اخرى لا دلالة فيها على ازيد مما تدل على حكم البقاء فهى تدل على وجوب ازالة ملك الكافر عن العبد المسلم بقاء وجوبا تكليفا فيدل على حرمة تملك الكافر العبد المسلم أيضا تكليفا ،واما انه لا يملك بالشراء او بالصلح اوبالهبة فلا يستفاد منها .

نعم ،لو دلت تلك الروايات على انعتاق العبد المسلم فى ملك الكافر بقاء لدلت على عدم ملكه له حدوثا ايضا وليس الامر كك وانما هى متعرضة

لجهة الحكم التكليفى فقط من جهة البقاء كما لا يخفى .

ومن هنا ظهر الجواب عن النص الوارد فى عبد كافرا سلم فقال أمير المؤمنين عليه السلام اذهبوا فبيعوا من المسلمين وادفعوا ثمنه الى صاحبه ولا تقروه عنده .

ووجه الظهور ان التخصيص بالمسلمين انما هو من جهة ان الداعى على الامر بالبيع هى ازالة ملك الكافر والنهى عن ابقائه عنده فلا يحصل ذلك الغرض بنقله الى كافر آخر فلا يدل ذلك على فساد بيعه من الكافر ابتداء وعدم صحته وان الكافر لا يملكه من الاول .

ولا وجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من ان أمر الامير المؤمنين عليه السلام بالبيع من المسلم ونهيه عن الاستقرار عند الكافر يدل بالملازمة العقلية على عدم تملك الكافر العبد المسلم ملكا مستقرا فهى نظير ما لو قيل ازل النجاسة عن المسجد فكما يفهم منه حرمة ادخال النجس فيه كذلك يستفاد من عدم استقرار ملك الكافر على المسلم عدم حدوث ملكه عليه كذلك .

لما عرفت من عدم الملازمة بينهما بوجه فما افاده المصنف متين جدا و بعد بيانه على الذى فى المتن لا يبقى مجال لما ذكره شيخنا الاستاذ بل لا نفهم معنى كلامه .

والحاصل : انه استدل على عدم تملك الكافر للمسلم بوجوه :ـ

منها : التسالم فهو راجع الى وجدان كل أحد فمن يطمئن به فيصدقه

ومنها : الاخبار الواردة فى موارد عديدة الدالة على وجوب بيع العبد المسلم على الكافر .

وفيه انها تدل على وجوب ازالة العلقة المالكية للكافر من العبد المسلم بقاء وجوبا تكليفيا فلا يدل على عدم صحة التملك حدوثا وضعا .

نعم ، لوكانت دالة على انعتاقه عليه بقاء فى تلك الموارد لدلت على عدم حدوث الملكية حدوثا أيضا للملازمة العرفية بينهما وليس كك ٠

ومنها : ما عن الامير عليه السلام ولا تقروّه عنده فبيعوه من مسلم ٠

وفيه اولا ماتقدم من انها تدّل على حرمة ابقاء العبد المسلم فى ملك الكافر تكليفا فلايدل على عدم التملك حدوثا وضعا بل تكليفافتقييده عليه السلام بالبيع من مسلم من جهة عدم حصول الغرض وهو ازالة ملك الكافر عن المسلم بالبيع من غيره فالنهى عن التقرر عنده نهى تكليفى محض ٠

وثانيا : ان الامر بالبيع والناهى عن ابقائه عند الكافر هو الامير عليه السلام ولا شبهة بيعه من الكافر حرام فهو عليه السلام لا يأمر بالحرام ٠

وبالجملة الرواية اجنبية عن تملك الكافر العبد المسلم ابتداء ٠

ومنها الاية المباركة ((لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا))

بدعوى ان تملك الكافر المسلم بالبيع او بغيره سبيل عليه فهى منفى بالاية المباركة ٠

قال المصنف : ان باب المناقشة فيها واسع ثم أشكل عليها بوجوه و قبل جميع المناقشات ان السبيل عبارة عن السلطة الخارجية فالملكية من الامور الاعتبارية فلايصدق عليها السبيل ٠

الثانى : ماورده المصنف اولا ان الاية لادلالة فيها بنفسها ولو بقرينة السياق على المطلوب اذ مقتضى النفى بلن التابيدية هو نفى السبيل من الكافر الى المسلم فى آن من الانات فهذا المعنى غير قابل للتخصيص بوجه فيعلم من ذلك ان المراد منه ليس نفى السبيل تكوينا بداهة ثبوته للكافر على المسلم فى جميع الازمنة او فى أكثرها لكون المؤمن فى ذلّ ومشقة دائما ولا ان المراد نفى التملك ثبوت ملكيته عليه كثيرا كما

اذا كان عنده عبد مسلم فلم يلتفت اليه المسلمون ليبيعوه فمات وانتقل الى وارثه او ارادوا بيعه فمات أو لم يقدروا على بيعه فمات وانتقل الى وارثه فان فى جميع هذه الصور تملك الكافر للمسلم ، بل تسالم الفقهاء على جواز بيع المسلم من الكافر اذا كان ممن ينعتق عليه فيتجلى من ذلك كلّه ان الاية اجنبية عن هذه الامور والاّ لزم القول بالتخصيص فقد قلنا ان الاية آبية عن التخصيص .

اذن فلابدّ وان يراد من الاية معنى لا يقبل التخصيص ولو بقرينة ماقبلها وهو قوله تعالى ((واللّه يحكم بينهم)) ومن الواضح ان الحكومة الالهية بين العباد مختصّ بالاخرة فتكون الاية راجعة اليها اذ فيها ليس للكافر على المسلم سبيل بوجه فان اللّه يحكم بينهم دون غيره ، فلا ظلم فى حكمه تعالى .

وبالجملة مقتضى ظهور نفس الاية ومقتضى سياقها وصدرها اختصاصها بالاخرة فلايشمل السبيل الدنيوى فضلا عن شموله على التملك .

هذا حاصل ماذكره المصنف مع التوضيح والاضافة منا فلا مناص عنها بوجه .

ثم ناقش ثانيا بأنه لواغمضنا النظر عماذكرناه وقلنا بشمولها بالسبيل الدنيوى وتملك الكافر المسلم فلايساعده ماورد فى تفسيرها من ارادة الحجة عن السبيل وان الاسلام لعلو شأنه ورفعةمقامه ومكانة حقانيته ووضوح حججه وبيناته يعلوعلى كل الاديان ولا يعلو عليه دين ومذهب ، فالمراد من الاية هو نفى تفوق حجة الكافرعلى حجة الاسلام كماخاطب النبى الاكرم (ص) اهل الجاهلية مرارا هل لكم من سلطان وبينة وحجة وقد نطق بذلك القرآن المجيد فى مواردعديدة والروايات المتكثرة وان

الكافرين كلما طالبوه عن النبي (ص) من البينات فاتاه ولكنهم عجزوا عن مقاومته بالحجج والبينات وقد ورد في تفسيره ان قوما زعم بذلك عدم قتل الحسين عليه السلام ، بل رفعه الله فألزمهم الامام عليه السلام بانه وقد قتل من هو اشرف منه أعني علي وابنه الحسن(ع) وبانه لو كان الامر كك ، فلم قتل الانبياء كما حكاه الله تعالى في كتابه ، بل المراد انه ليس للكفار حجة على المسلمين فانهم يغلبون عليهم في كل حجة والآفالسيرة العملية جرت على أن المسلمين من المظلومين والمقهورين من زمن آدم الى هذا الزمان ، اذ أول من تصدى الى ذلك ابن آدم قابل حيث قتل هابل ، فجرى الحسد والعداوة بين الناس ، بل في بعض الاخبار : ما منّا الاّ مسموم أو مقتول . فيعلم من جميع ذلك وممّا ورد في تفسير الاية من العيون المشار اليه ان المراد من الاية نفي الحجة في الدنيا والآ فمن جهة غير الحجة فالكفار لهم سبيل على المؤمنين بلاريب ثمقال المصنف وتعميم الحجة على معنى يشمل الملكية وتعميم الجعل على وجه يشمل الاحتجاج والاستيلاء لا يخلو عن تكلّف .

وفيه انه يمكن المناقشة في هذا الوجه من جهة ان الحجة و ان لم تشمل الملكية الآن تفسير الاية بها لا يوجب اختصاصها بها بل من الممكن ان يراد من السبيل معنى جامع ومفهوم عام يشمل الحجة وغيرها و يكون التفسير بالحجة من باب بيان المصداق وعليه فيشمل السبيل الملكية أيضا مع قطع النظر عن عدم شموله لها في نفسها .

وبالجملة لو امكن شمول السبيل على الملكية فتفسير الامام عليه السلام الاية بالحجة لا يوجب عدم شمولها للملكية ، بل يمكن شمولها لو اريد من السبيل معنى جامع وقد ورد في هذا المعنى وان تفسير آية بفرد ليس

تخصيصا لها به، بل من باب تطبيق الكلى على الفرد اخبار ذكرها فى كتاب سمى مقدمة البرهان وفيها ان القرآن يجرى كما تجرى الشمس و القمر فلو ان آية نزلت على قوم فلا يختص به والاّ نفد القرآن بزوال القوم، بل من باب التطبيق.

وعليه فلو طبق الجبت والطاغوت بالشيخين فليس معناه انه لا يمكن ارادة غيرهما منها ومن هذا تنحل شبهات كثيرة فى ذلك الباب وقد ذكرنا تفصيل ذلك فى بحث التفسير.

ثم ناقش الشيخ فى الاية ثالثا بعد الغض عن المذكورات من جهة تعارض عموم الاية مع عموم ما دلّ على صحة البيع ووجوب الوفاء بالعقود و حل أكل المال بالتجارة وتسلط الناس على أموالهم وحكومة الاية عليها غير معلومة.

وفيه انه لا يفهم ما يريد من هذه المناقشة اذ لوقلنا بتقدم عموم (أوفوا بالعقود) على الاية المذكورة كما هو الظاهر اذ عمومه بالوضع لوضع الجمع المحلى للعموم فيها فيشمل مورد النزاع فيحكم بصحة بيع عبد المسلم من الكافر، والاّ فالتعارض بينهما بالعموم من وجه، ففى مورد الاجتماع يحكم بالتساقط وتكون اصالة الفساد محكمة فلا يكون وجه للصحة، ح بل تكون النتيجة نتيجة التمسك بعموم نفى السبيل كما هو واضح.

ثم قال مضافا الى ان استصحاب الصحة فى بعض المقامات يقتضى الصحة اذا كان الكافر مسبوقا بالاسلام أو كان العبد مسبوقا بالكفر، فان فيها نستصحب صحة البيع الثابت قبل الكفر، وفى غير هذه الموارد نحكم بالصحة لعدم القول بالفصل ولا تعارضه اصالة الفساد فى سائر الموارد لحكومة، استصحاب الصحة عليها.

وفيه ان كلامه هذا من اوله الى آخره غير صحيح اذ الاستصحاب هنا تعليقى لانقوله به لعدم ثبوت الحكم المنجز هنا لنستصحبه ، بل الثابت قبل الكفر أنه لو باع لصح فاستصحابه تعليق بلا شبهة .

وثانيا : انه من استصحاب الاحكام فلا نقول به .

وثالثا : ان الكافر والمسلم فى نظر العرف موضوعان متباينان ، فاذا كفر المولى او أسلم العبد فلاوجه لاستصحاب حكم ماقبل الكفر والاسلام لتبدل الموضوع فى نظر العرف .

ومع الغض عن جميع ذلك ، فلا وجه لعدم القول بالفصل فى الاحكام الظاهرية وانما هو فى الاحكام الواقعية ، واما الاحكام الظاهرية فالتفكيك فيها من الكثرة بمكان والآ يلزم اسراء الحكم من موضوع الى موضوع آخر فهو قياس باطل مثلا لو كان هناك ماءان كلاهما بمقدار معين ، فكانت الحالة السابقة فى أحديهما الكرّية وفى الاخر القلة فاستصحاب كل من الحالتين يغاير استصحاب الحالة الاخرى لكون كل منهما تابعا على شك ويقين ، فليس لاحد ان يجرى الاستصحاب فى احدهما ويحكم بثبوت الحكم فى الاخر بالملازمة بينهما ، لكونه اسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر فهو قياس و هكذا لو توضا بأحد ، اطراف العلم الاجمالى غفلة فيحكم ببقاء الحدث و طهارة البدن الى غير ذلك من الموارد ومن هنا قلنا بانّ سلمان لو استصحبت حكما من احكام الشرايع السابقة لا يثبت ذلك فى حقنا بالاشراط فى التكليف فان الاستصحاب تابع للشك واليقين من كل أحد فشك السلمان ويقينه غير الشك واليقين الموجود فينا .

وبالجملة مورد عدم القول بالفصل فى الاحكام الواقعية لوجود الملازمة بينها دون الاحكام الظاهرية لعدم وجود الملازمة بينها كماعرفت .

على انه مع الغض عن جميع ذلك وتمامية عدم القول بالفصل فلا وجه لمعارضة اصالة الفساد فى مورد آخر فهو ببيع العبد المسلم ابتداء من الكافر مع اصالة الصحة فى الموردين المذكورين الذين جرى فيها الاستصحاب ، نعم جريانها فى مورد واحد ومعارضتها فيه تقديم اصالة الصحة على اصالة الفساد للحكومة لا ريب فيه ، ولكنه غير تعارضها اذا جريا فى موردين ، بل يعمل بكل منهما فى مورده من غير تعارض وتمانع أصلا .

والحاصل : أن حاصل كلام المصنف هو لو كان العبد والمولى كافرين فأسلم العبد أو كان المشترى مسلما فكفر فانفى هذه الموارد يجرى استصحاب صحة البيع الثابت قبل الكفر والاسلام وفى غير هذه الموارد يتم المطلب بعدم القول بالفصل وعلى تقدير عدم جريان عدم القول بالفصل فأصالة الصحة فى هذين الموردين يعارض باصالة الفساد فى ساير الموارد ، كما اذا لم يعلم الحالة السابقة فان مقتضى اصالة الفساد اعنى عدم انتقال مال أحد الى شخص آخر جارية فيها فيقع المعارضه بينهما فتقدم اصالة الصحة على اصالة الفساد للحكومة .

ويرد عليه أولا : ان الاستصحاب هنا تعليقى ، فلانقول بجريانه فلانقول بحجيته فى الاحكام التعليقية ، ومع الغض عنه فلا يجرى فى الشبهات الحكمية ومع الغض أيضا فالموضوع هنا متبدل حيث ان موضوع الجواز فى أحدهما الكفر والاخر الاسلام قد تبدل كل منهما الى الاخر فهما فى نظر العرف من المتباينين فيكون الاستصحاب اسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر .

وثانيا : ان عدم القول بالفصل بناء على اعتباره وحجيته انما يتم فى الاحكام الواقعية أى الاحكام الثابتة بالامارات مع القطع بالملازمه بينهما واما الاحكام الظاهرية أى الاحكام الثابتة بالاصول سواء كانت محرزة أو غير

محرزة فلايجرى فيها ولذا يحكم فى مقدار خاص من الماء تارة بالقله اذا كان مسبوقا بها ، واخرى بالكثرة اذاكان مسبوقا بها ، ويحكم فى مكان خاص بوجوب القصر تارة وبوجوب الاتمام اخرى لاختلاف الحالة السابقة الى غير ذلك من الموارد الكثيرة التى وقع التفكيك فيها فى الاحكام الظاهرية .

والوجه فى ذلك : ان جريان الاستصحاب تابع لوجود اليقين والشك فاينما وجدا نحكم بجريانه والاّ فلا ، سواء توافق مفادهما ام تخالفا ، كما لا يخفى .

وثالثا : ان اصالة الصحة انما تعارض اصالة الفساد فى العقود متقدم للحكومة اذا كانا واردين على مورد واحد كما اذا شك فى ان عقد الفلانى صحيح او فاسد ، فمقتضى عدم انتقال مال كل من المتعاملين الى الاخر هو الفساد ومقتضى اصالة الصحة هو الصحة فتكون مقدمه على اصاله الفساد لحكومتها عليها اذ لو لم تتقدم لكانت ملغاة اذ ما من مورد من موارد اصالة الصحة الاّ فاصالة الفساد فيه موجودة فلوكانت حاكمة على اصالة الصحة لم تكن فائدة فى جعل اصالة الصحة .

وأما فى الموردين ، بان كان الجارى فى مورد هى اصالة الصحة ، كالمثالين المتقدمين ، وفى مورد آخر هى اصالة الفساد فلا تكونان من المتعارضين فضلا عن تقدم اصالة الصحة على الاخر للحكومه .

وبالجملة لا دليل على عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر ، نعم لو تم هنا اجماع اخذ به والاّ فنحكم بالجواز ، واما قوله (ص) : الاسلام يعلوا ولا يعلى عليه ، شئ فمضافا الى ضعف السند فيه ان المراد منه علو نفس الاسلام لوضوح محجه وبراهينه وبيّناته ليتم لله الحجه البالغة ويهلك من هلك عن بينة ويحى من حى عن بينة ولا يكون للناس حجة بعد الرسل

لا علو المسلمين على الكفار بداهة مشاهدة علو الكفار على المسلمين كثيرا بل المسلمون مظلومون فى كل دورة وكورة كما اشرنا اليه قبيل هذا .

ثم لو بنينا على عدم الجواز فهل يختصّ الحكم بالبيع فقط أو يجرى فى غيره كمطلق تمليك المنفعة او تمليك عينه بالصلح أو كان العبد مورد الحق الكافر كالارتهان أوكان تمليكا للمنفعة كالاجارة او اباحة لها كالعارية أو مجرّد استيمان كالوديعة فهل يختص الحكم بالعبد أويجرى فى غيره أيضا فان كان المدرك للحكم هوالاجماع فالمتيقن منه هو البيع فلايجرى فى غيره تمليكه اياه بالصلح أو بالهبة او تمليك منفعة بالاجارة او العاريه أوجعله عنده وديعة او رهنا .

وان قلنا بان المدرك لذلك هو الاية المتقدمة وقلنا بشمولها لمطلق السلطة ولوكانت بالاستخدام أوالاستيجار فيشمل ح جميع موارد السلطة والاستيلاء عليه .

وعلى هذا فنقول اما الوديعة فلاشبهة فى جواز وديعة العبد المسلم عنده او اجارة الكافر لحفظه اذ ليس الغرض منها الآ الحفظ من دون تسلط للكافر عليه بوجه ليكون استيلاء محرما وأما الاجارة فلابّد وان يفصل فيها فانها كانت بحيث تقتضى استيلاء الكافر على المسلم فلايجوز كالاجارة المطلقة المتعلقة بجميع منافع الحر والعبد و مجّرد ان الحر ليس قابلا للتملك والغصبية لا يقتضى سلب سلطة الكافر اذ لو ملك الكافر عمل المسلم بحيث لم يكن له ان يملك غيره فهذا سبيل منه عليه بلاشبهة وارتياب .

وأما لوكانت الاجارة متعلقة بذمة المسلم كما لو آجر نفسه لان يخيط له ثوبا أو آجر عبده كذلك فان مجرّد ذلك ليس سبيل عليه ، بل هى مثل الاقتراض منه فهل يتوهم أحد أنه سبيل على المسلم والآ لما استقرض

الامير (عليه السلام) من اليهود ، بل ربما يكون الاجير اشخص من المستأجر كالخياط الذى استأجر نفسه لخياطة ثوب أحد من الكافرين الذى ادنى منه بمراتب او غير ذلك من الامور وهكذا العارية ٠

واما الارتهان فهو أيضا كك اذ مجرّد تعلق حق الكافر بالعبد المسلم لا يستلزم اثبات السبيل عليه ، بل انما يستلزمه اذا كان تحت سلطته و مستوليا عليه كما هو واضح ٠

وبالجملة ففى كل مورد لزم من اجارة المسلم حرا كان أوعبدا من الكافر أواعارته منه او رهنه عنده سبيل عليه فلا يجوز والاّ يجوز ، وقد ذكرذلك أوضح من ذلك فى تقرير شيخنا الاستاد ٠

قوله : ثم ان الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته ٠

أقول : يقع الكلام فى بيان الكافر ، قال المصنف ان الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته ولو انتحل الاسلام كالنواصب والغلات والمرتّد ٠

وفيه ان ماذكره عجيب من حيث المدعى والدليل اما الاول فان المرتد كافر حقيقة اذ المراد به من لم يؤمن بالله وبرسوله وبيوم الاخر ، فلا وجه لتفريع ذلك على كون المراد من الكافر من حكم بكفره ٠

نعم هذا يتم فى النواصب والغلات لدخولها تحت الكافر حكما و الاّ فهما من افراد المؤمن حقيقة اذ المراد من المؤمن فى القرآن من يؤمن بالله وبرسوله وبيوم الاخر فهم كك وان كان احدهما ناصبا لاهل البيت و الاخر غاليا فيهم ٠

واما من حيث الدليل فمن جهة ان موضوع البحث هنا هو الكافر و عدم جواز بيع المسلم منه سواء كان طاهرا أونجسا فبحث نجاسته الكافر اجنبّى عن ذلك ، بل بينهما عموم من وجه اذ قد تكون النجاسة ثابتة فى

موضع فلا يشملهم عنوان الكافر كالنواصب فانهم نجس بلاشبهة فقوله عليه السلام لا شيء انجس من الكلب والناصب بنا أهل البيت ،أنجس من الكلب ومع ذلك يجرى عليهم حكم الاسلام فى الارث والنكاح وغيرهما من احكام الاسلام ،وان كان شر من الكافر ،نعم نجاسة الغلات ليست مسلمة ، و قد يترتب حكم الكفر على مورد من غير ان تثبت فيه النجاسة كالكتابى بناءعلى طهارتهم لكون طهارتهم ونجاستهم مختلف فيه بين الاصحاب ، و قد يجتمعان .

وبالجملة ان البحث عن حرمة بيع المسلم من الكافر وعن نجاسةالكافر والنواصب بحثان لا تماس بينهما بوجه ،اذن فلا وجه لما افاده المصنف من المدعى والدليل ومافرع عليه من الحكم .

واما الاطفال والمجانين منهم فقد استشكل المصنف فى ثبوت الحكم لهم .

فنقول :بناء على عدم جواز بيع المسلم من الكافر لا شبهة فى ساريته الى الاطفال والمجانين منهم اما الاطفال منهم على قسمين ، لانهم اما مميزون أو غير مميزين ،اما الاول :فلا اشكال فى صدق الكافر عليهم حقيقة اذ المراد من الكافر كماعرفت من ينكر الصانع ورسوله ويوم الاخرة أو يكون مشركا بالله والطفل المميز اذا انكر الصانع أو اشرك به وأنكر يوم القيامة فيصدق عليه انه كافر حقيقة .

واما الثانى فان لم يصدق عليهم عنوان الكفر حقيقة الآ ان الحكم ثابت لهم جزما للقطع بعدم الفصل .

واما المجنون فتارة يكون جنونه فى حال الكفر بان كان يهوديا أو نصرانيا أوملحدا أومشركا فعرض له الجنون فى تلك الحالة فهو كافر أيضا

حقيقة فيقال انه يهودي او نصراني او ملحد مجنون ومرتكزاته أيضا مرتكزات الكفر والالحاد ·

واخرى يكون جنونه من البدو واول الامر فهو وان لم يصدق عليه عنوان الكافر ولكن يشمله الحكم بعدم القول بالفصل جزما بين افراد المجانين ·

هذا كله من طرف المشتري ، واما من جهة المبيع أي بيع الطفل المؤمن والمجنون المؤمن من الكافر فيظهر حكمه مما ذكرناه اذ لا ينكر صدق المؤمن على بعض افراد الطفل لعرفانه المبدء والمعاد ، بل ربما يكون ايمانه اكمل من أكثر البالغين وكك لا شبهة في صدقه على المجنون في حال الاسلام ، فيتم الحكم في غيرهما بعدم القول بالفصل جزما كما هو واضح ، اذ لم يقل احد بجواز بيع بعض افرادهما وبعدم جواز بعض افرادهما الاخر ثم ان مفروض الكلام في المجنون ما اذا كان البيع له بان كان المتصدي للبيع غير مستقل في التصرف والآ فلو كان المتصدي له ولي له وكان كافرا ومستقلا في التصرف كيف شاء فهذا لا يجوز بلا شبهة بناء على عدم الجواز ·

واما المخالف فليس بكافر قطعا فلا يشمله حكمه فيجوز بيع العبد المسلم منهم لاقرارهم بالشهادتين ظاهرا وباطنا واما ما دلّ على كفرهم فلا يراد بظاهرها ، فقد قلنا في ابحاث الطهارة ان المراد من الكفر ترتب حكمه عليه في الاخره وعدم معاملة المسلم معهم فيها ، بل يعاقبون كالكافر و لا يثاب باعمالهم الخيرية الصادرة منهم في الدنيا كالصلاة وغيرها ·

نعم ، بناء على عدم تزويج المؤمنة من المخالف لا يجوز بيع الامة منهم ·

وأمّا بيعهم من الكفار ففي هنا مقامات : الاول : في بيع السني منهم بحيث كان معتقدا بالله وبرسوله وبيوم القيامة ولكن لم يعتقد بالولاية ، الظاهر أنه لا يجوز اذ المراد من نفي السبيل من الكافر على المؤمن هو

نفى السبيل عمن ليس بمنكر للصانع وللرسول كما هو المقصود من المؤمن فى تمام القرآن فبيعه منهم اثبات سبيل لهم على المؤمن واختصاص المؤمن فى اصطلاح اليوم بالشيعة انما هو من زمان الصادقين(ع) بارادة الايمان بالولاية وان من لا يؤمن بالولاية فلا ايمان له ونحو ذلك من المؤمن الوارد فى الروايات كقولهم :المؤمن لا يقل بالمخالف فان المراد منه هو المؤمن بالولاية قطعا الاّ انه اصطلاح من زمان الصادقين عليهما السلام كماعرفت وهذا لا يوجب ارادة ذلك من الايات القرآنية مع التصريح فى القرآن بارادة غير ذلك ،حيث قال ((يؤمن بالله و برسوله)) .

و بالجملة انه لا يجوز بيع السنى المقر بالله وبرسوله وبالقيامة من الكافر قطعا ،لكونه مؤمنا حقيقة فيلزم من بيعه منهم اثبات السبيل عليه و قد نفى ذلك بالاية .

الثانى : انه يجوز بيع المخالف الذى نعلم بكونه كافرا ،و ان اقر بالشهادتين وبالقيامة ،ولكنه من الخوف وذلك كأكثر المسلمين فى زمان الرسول(ص) حيث اقروا بالشهادتين لخوف السيف من دون ان يصدقهم قلوبهم وقد سماهم الله تعالى فى كتابه بالمنافق والوجه فى ذلك هو عدم شمول الاية لهم فانهم ليسوا بمؤمنين اذ الايمان عبارة عن التصديق القلبى فليس فيهم تصديق بالله وبرسوله ولذا قال الله تعالى :((اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله والله يعلم انك لرسوله و الله يشهد ان المنافقين لكاذبين)) لعدم تصديقهم نبوة النبى (ص) بل هم اشد من الكفار ولذا قال الله تعالى ((ان المنافقين فى اسفل درك من النار)) .

وبالجملة وان قلنا ان المراد من الايمان فى القرآن غير ما هو المراد

به فى الاخبار وفى اصطلاح وان المؤمن فى القرآن معنى أعم ولكن مع ذلك لا يشمل المنافقين لعدم ايمانهم بالله اصلا ٠

نعم ، يصدق عليهم الاسلام لكونه مترتبا على الاقرار بالشهادتين فقط وان لم يقارن بالتصديق القلبى فيترتب عليهم حكم الاسلام فى المعاملات ، والارث ، والذى يوضح ذلك ان الاسلام قابل بالكفر فى القرآن فى الايات الكثيرة والايمان بالاسلام فى قوله تعالى ((قالت الاعراب آمنا قل لم تؤمن ولكن قولوا اسلمنا ولمّا يدخل الايمان فى قلوبكم)) اذ لو كان المراد من الايمان هو الاسلام لما قابلا فى هذه الاية الشريفة ٠

وقد منع المصنف عن بيع المخالف ولو كان منافقا نعلم كفره بدعوى ان المراد من المؤمن فى آية نفى السبيل انما هو المقر بالشهادتين ونفيه عن الاعراب الذين قالوا آمنا ولما يدخل الايمان فى قلوبكم انما كان لعدم اعتقادهم بما اقروا فالمراد بالاسلام هنا ان يسلم نفسه لله و رسوله فى الظاهر ، لا الباطن ، بل قوله تعالى ((ولما يدخل الايمان فى قلوبهم)) دل على ان ماجرى على السنتهم من الاقرار بالشهادتين كان ايمانا فى خارج القلب ، والحاصل ان الايمان والاسلام كانا فى زمان نزول الاية بمعنى واحد

وفيه : انه لا معنى لثبوت الايمان فى خارج القلب وارجاع السلب فى الاية الى ارادة عدم دخوله من الظاهر فى الباطن وذلك لان الايمان أمر قلبى لا معنى لثبوته فى خارج ، كما هو المقصود منه لغة الذى عبارة عن التصديق ، فليس المراد من الاية الاّ معناه اللغوى من التصديق فلا معنى للتصديق فى خارج القلب والتعبير بعدم الدخول ليس من جهة أن للايمان محلان . محل فى خارج القلب ومحل فى داخل القلب ، بل من جهة أن محله ليس الاّ القلب و ذلك نظير قولك لما يدخل الرحم فى قلبه

فانه من جهة ان الرحم مورد القلب لیس الآ لا ان هنا رحم فی ظاهر القلب ورحم فی باطن القلب . وهکذا السخاوة والشجاعة والشقاوة وغیرها من الصفات والکیفیات النفسیة فان التعبیر بعدم دخولها فی القلب من جهة عدم وجود المحل لها غیر القلب کما هو واضح . لانها ثبتت فی خارج النفس ومن هنا ظهر ما فی ذیل کلامه ان الاسلام والایمان فی القرآن بمعنی واحد اذ لو کان واحدا لم یبق وجه للمقابلة بینهما .

ثم استشهد علی مراده بروایة حمران بن اعین فقد ظهر جوابه مما ذکرناه أیضا . بل هی شاهدة علی ماذکرناه کالایة اذ التعبیر بعدم دخول الایمان فی القلب شاهد علی ان مورده هو القلب وان الایمان لا یصدق بدونه و لیس مجرد الاقرار بالشهادتین ایمان . بل هو الاسلام محض کما هو واضح وقد رأیت فی بعض کلمات السید شرف الدین ایده الله تعالی ما لا باس بنقله حیث اجاب عن قول العامة بان اصحاب الرسول کلهم عدول بانه لو کان کذلک لزم القول بان وجود النبی (ص) کان موجبا لفسق بعضهم و نفاق الاخر . فان الله تعالی اخبر فی کتابه بوجود المنافق بینهم الذی اسفل درکا من الکافر فاذا مات الرسول (ص) فصار موته سببا لاتحادهم و عدالتهم مع ان الله تعالی یقول ((وما ارسلناك الآ رحمة للعالمین)) فهو کلام متین فی غایة المتانة .

نعم لو کان الدلیل علی عدم جواز البیع هو الاسلام یعلوا و لا یعلی علیه . أو ما عن الامیر علیه السلام اذهبوا فبیعوه (ای العبد المسلم) ولا تقروه عند لشمل المنافق أیضا .

قوله : ثم انه قد استثنی من عدم جواز تملك الکافر للعبد المسلم مواضع .

أقول : بناء علی عدم جواز بیع المسلم من الکافر فقد استثنی منه أمور :

الاول : ان يكون البيع مستعقبا للانعتاق القهري واقعا كما اذا باع المسلم عبدا مسلما من الكافر وكان اباله او باع امة وكانت من ارحامه فانه ينعتق هذا عليه بمجرد البيع فانه جائز بلاشبهة فانه لو قلنا بعدم الملكية التحقيقية ، بل مجرد الفرض والتقدير فواضح اذ ليس هنا الملكية فضلا عن ان يلزم هنا سبيل للكافر على المؤمن وان قلنا بالملكية التحقيقية انا ما أيضا كك فان تملك الكافر المسلم لا يجوز اذا كانت للملكية اثر وكان ترتبه عليها سبيلا عليه وليس للملكية انا ما اثر ليلزم من ترتبه عليها سبيل عليه .

وقد استدل المصنف على عدم الجواز بدعوى ان ذلك منّة على المسلم بان يباع من الكافر وينعتق عليه .

وفيه انه لو تم انما يتم موجبة جزئية لا كليّا اذ ربما لا يلتفت الكافر بالموضوع وانه ممن ينعتق عليه او بالحكم وان الانسان لا يملك بعموديه فلا يكون هنا منّة اصلا وعلى تقدير المنّة ولو موجبة جزئية فايّ دليل دلّ على عدم جواز منّة الكافر على المؤمن ولم يرد انه لا منة للكافر على المؤمن ، فلو كانت المنّة من الكافر على المؤمن غير جائزة لزم عدم جواز الاستقراض منه مع انه جائز بلاشبهة ، بل عليه جرت السيرة القطعية الى زمان المعصومين عليهم السلام .

الثاني : ان يكون العبد المسلم ممن ينعتق عليه ظاهرا فهو على قسمين اذ قد يكون المقر به عبدا واقعا ولكن لا يعلم انه ممن ينعتق عليه واقعا أولا الاّ أنه يجعل ممن ينعتق عليه باعترافه بذلك فح يكون ذلك مثل القسم الاول فان قلنا بالملكية التحقيقية انا ما فلا يكون مثلها موجبا لاثبات السبيل والاّ فالامر اوضح .

واخرى يتعرف الكافر بكون العبد الفلاني حرا ثم اكذب نفسه فاقدم على

بيعه فهل يحكم بصحة البيع مع عدم تسليم الحر منه بحسب اعترافه وان كان فى الواقع عبدا ويؤخذ منه الثمن لعدم نفوذ اعترافه فى حقوق الغير أو يحكم بصحة البيع واختار المصنف عدم الصحة بدعوى العلم الاجمالى بكونه اما صادقا فلا يصح شراء الحر واما كاذبا فكذلك لعدم صحة شراء الكافر للمسلم فنعلم تفصيلا ببطلان الشراء ثم عقبه بالامر بالتأمل بعد قوله الآن يمنع اعتبار مثل هذا العلم .

والظاهر ان الامر به اشارة الى كلام صاحب الحدائق حيث فصل فى تنجز العلم الاجمالى بين ماكان فى اطرافه جامع تحقيقى يكون موضوعا للحكم ومما جعل عليه ذلك وبين ما لم يكن كذلك ، بل يكون بينهما جامع انتزاعى ففى الاول يكون العلم الاجمالى منجزا كما اذا كانت النجاسة مرددة بين هذا الكأس والكأس الاخر ، وكان الغصب مرددا بين هذا الثوب والثوب الاخر .

واما الثانى فلا يكون العلم الاجمالى منجزا ، بل يكون كل من الطرفين موردا للاصل كما اذا تردد بين كون الكأس الشرقى متنجسا أو الغربى مغصوبا فانه لم يجعل الحكم على الجامع بينهما بخلاف الاول وقد نقل المصنف كلام صاحب الحدائق فى الرسائل وجعله تفصيلا فى تنجز العلم الاجمالى ثم قال هذا اذا لم يتولد منه علم تفصيلى والآ فلا مناص عن التنجز وعليه فمقامنا من هذا القبيل .

ولكن اشكل عليه شيخنا الاستاذ بانه لا وجه للبطلان على كل تقدير فانه على تقدير صدق الاعتراف يكون كسائر الموارد التى يجوز بيع عبد المسلم من الكافر وينعتق عليه فلا يكون العلم الاجمالى منجز كما لا يخفى .

الثالث : أن يأمر الكافر بالعتق ويقول اعتق عبدك عنى فقد مرّ فى

المعاطات انه لا داعى للالتزام بالملكية هنا انا ماللجمع بين الادلة حيث انها دلّت على صحة استيفاء مال أو عمل محترم بأمر معاملى ودلّت على انه لاعتق الاّ فى ملك فمقتضاه دخول العبد فى ملك الآمر وخروجه عنه وعليه يكون ذلك مثل العمودين فلاشبهة فى جوازه اذ ليس هذا سبيلا على المسلم وانما لملكية بمقدار تصحّ العتق فقط نظير بيع ذى الخيار المبيع فانه بيعه هذا يوجب دخول المبيع فى ملكه انا ما فينتقل الى المشترى .

وان قلنا بعدم احتياج العتق الى ذلك وكفاية كون المعتق مالكا وان لم يكن المعتق عنه كك فالامر اوضح .

ومنها : اشتراط العتق فى البيع .

وفيه : انه ان كان المراد منه التزلزل من جهة الشرط فهو لا يختص بصورة الاشتراط ، بل يجرى فى جميع موارد البيع الخيارى ، بل الامر فيها اولى لكون الخيار والتزلزل فيها من الاول فهذا بخلافه هنا فان التزلزل انما يثبت بعد التخلف كمالا يخفى .

وان كان المراد من التزلزل من جهة كون المشروط له مالكا لاجبار المشروط عليه على البيع فهو موجود فى جميع موارد مالكية الكافر للمسلم فلا يختص بصورة الاشتراط كما لا يخفى .

وبالجملة : لم تتصور وجها لهذا الاستثناء بوجه .

قوله : واما التملك القهرى .

أقول : كما لو ورثه الكافر او من اجبر على بيع فمات فهل ينتقل العبد المسلم بذلك الى الكافر أو استأجر على عمل فجعل اجره العبد المسلم أو غير ذلك من الانتقالات فنقول ان كان مدرك الحكم فى أصل عدم تملك الكافر المسلم هو الاجماع فلاشبهة فى عدم شمول الانتقال اذ المتيقن منه هو فرض

التملك فلا يشمل صورة الانتقال ·

وان كان المدرك فى ذلك قوله عليه السلام فبيعوه ولا تقروه عنده فهو يدل على لزوم البيع بعد التملك فلا يشمل التملك الابتدائى فضلا عن الانتقال القهرى ·

وان كان المدرك هى آية نفى السبيل فبناء على شمولها الملك و كونه سبيلا أيضا فتكون معارضة بادلة الارث بالعموم من وجه لو لم تكن مقدمة عليها بالحكومة كما تقدم فى المسألة الاولى وبعد التساقط فمقتضى القاعدة كونه ملكا للامام عليه السلام اذا الفرض ان العبد خرج عن ملك الميت و لم ينتقل الى الورثة بادلة الارث ومقتضى الاصل هو عدم انتقاله الى الورثة فيكون ملكا بلا مالك فينتقل الى الامام عليه السلام ·

ولشيخنا الاستاد هنا كلام محصله ان الاية وان كانت معارضة بالعموم من وجه بادلة صحة العقود فى المسألة السابقة ولكن لا تجرى ذلك فى المقام لخصوصية المورد اذ الاضافة الملكية بين المالك والمملوك كالخيط الذى يصير واسطة بين الشيئين فاحد طرف هذا الخيط مشدود بالمال وطرفه الاخر مشدود بالملك ففى البيع ونحوه من معاوضات المالية تبدّل المالك عن طرف الخيط ولكن يبقى طرفه الاخر على رقبة المال بلا تبدّل اصلا ، بحيث يزول ملكية المالك عن الملك فيحدث له ملك آخر بالمبادلة و هذا بخلافه فى الارث فان الاضافة المالكية الثابتة للمالك باقية على حالها غاية الامر ينوب الوارث عن الميت بعد موته فيقوم مقامه فتقوم الاضافة معه بلا تبدل فيها اصلا ،وعليه فليس هنا ملكية جديدة ليكون هنا سبيل ، فيشمله الاية ، بل الملكية الاولية بلازوال اصلا ·

وعليه فلا تكون الاية معارضة بادلة الارث ، بل تكون ادلة الارث محكمة ·

وفيه ان الملكية قائمة بالاعتبار الذى لا يتحققالا بالطرفين نظير المقولات الاضافية ، بل اخص منها فلا يعقل بقاء ذلك بارتفاع احد طرفيه بل يرتفع بارتفاعه اذن فلو قام ذلك الاعتبار بشخص آخر أو بحال آخر فيكون غير ذلك الاعتبار الاولى فهذا كالاضافات الخارجية مثلا لو كان هنا سقف فتكون هنا فوقية فاذا تبدل السقف بخيمة فتبدل الفوقية الاولية بالفوقية الثانوية فلاتبقى على حالها مع ان لها كان نحو وجود فامر الاضافة الملكية أهون من ذلك فكيف يبقى بزوال احد طرفيه اذن فتكون الملكية الحاصلة للورثة ملكية جديدة ومورد اللاية كما لا يخفى فتحقق المعارضة بلاشبهة .

وعلى هذا فمقتضى الجمع بين الادلة كونه للامام عليه السلام اذ الفرض انه مات مالكه الاصلى ولم ينتقل الى المالك فيصدق عليه انه مال بلا مالك فتشمله لأدلة الدال على ارث الامام عليه السلام مع انتفاء الوارث .

ولا يكون منعتقا على الميت ولا على الوارث لاصالة بقاء رقبته كما فى المتن أى لاصالة عدم حريته فيكون للامام عليه السلام ثم اعتمد المصنف الى الاجماع وقال ان العمدة فى المسألة ظهور الاتفاقات على الارث وقد اشكل على ذلك بوجوه الاول ان استصحاب الرقية من القسم الثالث للاستصحاب الكلى فلايكون جاريا وذلك من جهة ان العبدية وكونه رقا للميت زال ونشك انه صار رقا لشخص آخر اما لا فيكون مشكوك الحدوث فلايكون الاستصحاب فيه جاريا فيكون حرا .

وفيه ان ظاهر عبارة المصنف وان كان موهما لذلك الآ انه ليس مراده بل غرضه ان اصل الرقية كان امرا ثابتافنشك فى صيرورته حرا أم لا فنستصحب ذلك الرقية .

وبعبارة أخرى أن المراد من هذا الاستصحاب هو اصالة عدم الحرية

واما كونه ملكا لا ى شخص فليس موردا للاصل كما اذا فرضنا فرشا مع عدم من يملكه فی العالم فانه بلا مالك فلايخرجه ذلك عن المالية و كك نفرض العبد رقا بلامالك فنستصحب ذلك حتى لوخلق شخص فملكه جاز ، بل يجرى استصحاب العبودية للميت اذكان هوعبدا الى الان الاخير الذى هوآن الموت فنشك فی زواله فنستصحبها ،فيكون من جملة ماتركه فلا يكون حرا ،بل لاوجه للاستصحاب اصلا اذ لامخرج له عن عموم ماتركه الميت فمع وجود الاطلاق اللفظی لا يجرى الاستصحاب٠

نعم ، لوكان المشكوك والمتيقن هی العبودية للميت والعبودية للوارث لجرى الاشكال المذكور اذ نعلم بزوال العبودية للميت ونشك فی حدوثه للوارث فيكون الاستصحاب فيه من القسم الثالث ولكنه ليس بمراد المصنف٠

الثانی :انه كماتجرى اصالة عدم كونه ملكا للوارث فكك تجرى اصالة عدم كونه ملكا للامام عليه السلام فما الوجه فی جريان الاول وعدم جريان الثانی ،فهل هو الا ترجيح بلا مرجح ،فلايثبت كونه ملكا للامام باصالة عدم كونه للوارث، الآ بالملازمة العقلية لانحصار الوارث بينهما فقد حقق فی الاصول عدم اعتبار الاصول المثبتة٠

وفيه ان كونه ملكا للوارث باصالة عدم كونه ملكا للامام ليس الآ بالملازمة العقلية كما قرر فی الاشكال ،فيكون الاصل مثبتا ولكن كونه للامام (عليه السلام) باصالة عدم كونه للوارث ليس من جهة الملازمة العقلية ليكون الاصل مثبتا ،بل من جهة انه يحرز بذلك الاصل احد جزئ الموضوع المركب اعنی عدم الوارث والجزء الاخر فهو ماتركه الميت محرز بالاصل فتشمله عمومها دال على وارثية الامام (عليه السلام) فيما تركه الميت وليس له وارث٠

وبعبارة اخرى ان ارث الامام عليه السلام فی طول الطبقات الوارث

فبانتفاء الطبقات الاولية تنتهى النوبة الى الطبقات الثانوية فبالاصل نحرز عدم الوارث فى الطبقة الاولى ،فبالوجدان تحقق ماتركه الميت ، فيكون الموضوع المركب من جزئين احد جزئيه محرز بالوجدان والاخر بالاصل محققا فتشمله ادلة وارثية الامام عليه السلام لمن لا وارث له ،وهذا بخلافه فى الطرف الاخر فان اثبات الوارث باصالة عدم ارث الامام (عليه السلام) مثبت فلا تجرى كما لا يخفى ·

وهكذا الامر فى جميع الموارد من الشبهات الحكمية والموضوعية ·

اما الشبهات الموضوعية كما اذا مات شخص فنشك فى وجود وارثه فى الطبقة الاولى ،فباصالة عدم الوارث مع صدق ماترك على ما بقى منه من امواله يثبت الموضوع المركب لارث الطبقة الثانية ·

واما الشبهة الحكمية فكما اذا تسبب احد فى قتل ابيه فنشك ح فى جواز ارثه وعدمه مع عدم وجود اطلاق يتمسك به ،فالاصل عدمه فبضم الوجدان يتحقق التركة اليه يتم موضوع ارث طبقة الثانية ·

ثم لا يخفى ما فى كلام الشيخ هنا من المسامحة الواضحة حيث قال ان آية نفى السبيل تنفى مالكية الكافر ووجه المسامحة ان النافى لمالكية الكافر هو الاصل دون الاية ،فان الفرض انها كانت معارضة بادلة الارث وساقطة لاجلها ·

قوله :هل يلحق بالارث كل ملك قهرى او لا يلحق؟

أقول :قدعرفت ان المصنف اشكل فى شمول ادلة الارث للمقام ، بل اعتمد فى المسألة الى الاجماع فقط ،وعليه فهل الحكم ثابت فى جميع النواقل القهرية اويختص بالارث فقط ،فالظاهر هو العدم كما فى المتن على حسب مبناه ،فان الحكم الثابت بالاجماع يقتصر فيه على المقدار المتيقن فهوالارث

ومع التنزل يتعدى الى سائر النواقل القهرية الغير الاختيارية واما النواقل القهرية الاختيارية فلا ·

قوله :او يفرق بين ماكان سببه اختياريا او غيره ·

أقول :غرضه من اختيارية السبب وغيرها ليس كونه اختياريا للكافر الذى يريد تملكه ،بل كونه اختياريا للاخر ،أى المملك والاول كالفسخ فى البيع الخيارى ،بان اشترى المسلم عبدا من الكافر ببيع خيارى و فسخ العقد فان فسخه هذا مملك للكافر قهرا بامر اختيارى فهو الفسخ ·

والثانى : كتلف المبيع فى زمن الخيار أو قبل القبض فيما اذا كان العبد ثمنا بان باع المسلم متاعا من الكافر وجعل ثمنه العبد المسلم أو عبدا اسلم بعد البيع وان كان كافرا قبله ،فان التلف فى زمن الخيار أوقبل القبض مملك للعبد من الكافر بملك جديد الآ ان الملكية باقية بمقدار ما و انما يستقر بالفسخ لعلا يكون ملكا جديدا كما توهم ·

قوله : ومنه يعلم انه لو لم يبعه باعه الحاكم ويحتمل ان يكون ولاية البيع للحاكم مطلقا ·

أقول : قدعرفت انه لا يقر المسلم فى ملك الكافر وعليه اذا باعه فبها والآ فيتصدى الحاكم بالبيع ثم هل للحاكم ولاية مطلقة على ذلك بحيث ليس للكافر ان يتصدى على ذلك ،او ليس له ولاية مطلقة وانما يتصدى بالبيع مع اباء الكافر عنه واحتمل المصنف الاول ، بل عن الايضاح انه تزول ملكيته اصلا وليس له الآ استيفاء الثمن ،واختار شيخنا الاستاذ ان يكون للحاكم ولاية مطلقة تمسكا بقوله عليه السلام فى عبد كافر اسلم اذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا اليه ثمنه ولا تقروه عنده ،فانه لو كان امر البيع راجعا الى الكافر لقال عليه السلام الزموه ·

وفيه اولا : انه امر غالبى اذ لا يرض المالك ببيع ماله باختياره ،فلذا امر(ع) بالبيع ويؤيد ذلك ذيل الرواية ولاتقروّه عنده ،اذ يعلم من ذلك ان الغرض عدم بقائه عنده لاكونه مسلوب الاختيار عن ماله ·

وثانيا :الآمر بالبيع هوالامير عليه السلام فلهالولاية المطلقة على جميع الناس واموالهم ،فأمر فى مورد خاص بالبيع لا يدل على جوازه بدون اذن الكافر فى سائر الموارد،ويظهر النتيجة فى ذلك فيما لو اراد الكافر أن يزيل ملكيّة عبده عنه بنحو خاص كبيعه لشخص خاص من المسلمين أووقفه على جهة خاص وهكذا فعلى القول بجواز تصديه بالبيع فله الاختيار فى ازالة ملكيته باى نحو شاء وعلى القول بكون الولاية للحاكم فليس له ذلك بل الاختيار التام فى يد الحاكم فليس له الآ استيفاء الثمن ليس الآ ·

واما كلام الايضاح من زوال الملك بنفسه وليس للمالك الآ استيفاء الثمن مخالف للنص والفتوى كما لا يخفى ·

والحق ان سلطنة البيع للمالك لعموم دليل السلطنةوانهليسمحجورا فيها وتوهم كونه سبيلا فاسد اذ لا يصدق السبيل على ازالة الملك بالجبر و الآلتزام ،بل هو ذلة عليه من الشارع المقدس فكيف يكون سبيلا ·

قوله :وكيف كان فاذا تولاه المالك بنفسه ،فالظاهر انه لاخيار له ·

أقول :فاذا وجب البيع للمالك سواء تصدى اليهبنفسهأوتصداهالحاكم فهل يجوز جعل الخيار فيه أو نقله ببيع غير لازم كالمعاطات بناء على عدم افادته الآ الملك المتزلزل أو لا يجوز ،بل لابد وان ينتقل ببيع لازم كما لا يخفى ،ذهب المصنف الى عدم ثبوت الخيار هنا لتقدم آية نفى السبيلعلى ادلة الخيارات كما تقدمتعلى ادلة البيع حكومة وخالف فى ذلك مع صد فحكم بثبوت الخيار والرد بالعيب تبعا للدروس قال لان العقد لا يخرج عن

مقتضاه بكون المبيع عبدا مسلما لكافر لانتفاء المقتضى لان نفى السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه فعلى هذا لوكان البيع معاطاة فهى على حكمها ولو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه احكامها ·

ويرد عليه ما فى المتن من ان نفى السبيل لايخرج منه الآ الملك الابتدائى الخ ·

وربما قيل بابتناء الحكم على ان الزائل العائد كالذى لم يزل ، أو كالذى لم يعد ،فان قلنا بالاول ثبت الخيار لان فسخ العقد يجعل الملكية السابقة كأن لم تزل وقد امضاها الشارع وامر بازالتها بخلاف ما لو كان الملكية الحاصلة غير السابقة فان الشارع لم يمضها ·

وقد ذكرت الشافعية هذه فى مواضع متعددة منها فى بيع المعاطات بناء على كونها مفيدة للملك الجائز ذكروا ان ما انتقل بالمعاطات لوانتقل الى غيره بعقد جائز كالهبة ثم ارجع ذلك بالفسخ ،فهل يبقى الحكم الاولى أو لا ؟ فذكروا هنا هذه القاعدة ومنه مانحن فيه ·

ولكن لا يبتنى ذلك على أساس صحيح ،اذ بعد ثبوت الحكم له بآية نفى السبيل لاوجه للفسخ بتوهم ان الزائل العائد كالذى لم يزل وبعدمه لانه كالذى لم يعد،وبالجملة فلابدّ من الاقتصار فى تخصيص الاية على القدر المتيقن ،نعم مثل هذه العبارات لها صورة لفظية فقط ليس الآ كما لا يخفى ·

قوله (ره) :ويشكل فى الخيارات الناشئة عن الضرر من جهة قوةادلة نفى الضرر فلايبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم ·

أقول :فصّل المصنف هنا بين ماكان دليله نفى الضرر وماكان دليله غير نفى الضرر ،فاما الخيارات التى دليلها غير دليل نفى الضرر ، فحكم

بتقديم آية نفى السبيل على ادلة الخيارات كتقدمها على ادلة البيع، فلا يثبت الخيار للمسلم أو للكافر لكونه موجبا لتملك الكافر العبد المسلم فهو سبيل منفى، نعم لا بأس بثبوت الارش فى مثل خيار العيب اذ ليس فى مطالبة الارش سبيل .

واما الخيارات التى تثبت بادلة نفى الضرر فنقول فيها بثبوت الخيار فى البيع للمسلم دون الكافر من جهة قوة ادلة نفى الضرر فيثبت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع ولكن مع ذلك لا يثبت للكافر خيار فان هذا الضرر انما حصل من كفره الموجب لعدم قابليته تملك المسلم الاّ ما خرج بالنص والاّ لكان مالكا ،فالضرر مبين على اقدامه وبالجملة ان هنا تفصيلان يكون الثانى مترتبا على الاول وان شئت فقل ان هنا تفصيل واحد منحل الى تفصيلين .

ويرد عليه وجوه على ماذكره شيخنا الاستاذ و ان لم يرد بعضها الاول انه لو كان الدليل هو ادلة نفى الضرر فلا يفرق فى ثبوت الخيار بها ،بين المسلم والكافر ،بل يثبت لهما ، و ذلك لان ايجاد المقدمات الاعدادية للضرر لا يوجب منع شمول أدلة نفى الضرر على الاحكام الضررية المتوجهة على ذلك الشخص المعدّ لمقدمات الضرر ،بل المناط فى شمولها لموضوعها كون الحكم الشرعى ضرريا على المكلف بحيث يلزم من الالزام و التكليف ضرر عليه ،وعليه فالكافر وان كان بنفسه هيأ مقدمات الضرر و كفر باختياره ولكن لا يمنع ذلك عن شمول ادلة نفى الضرر لما ترتب على ذلك المقدمة الاعدادية اعنى الحكم ليكون البيع العبد المسلم عليه لازما ولو كان ضرريا ،بل هذا الحكم الضررى يوجب خيارية العقد فيثبت له الخيار أيضا ولو كان ايجاد المقدمات الاعدادية للضرر موجبا بمنع شمول أدلة الضرر

عليه فلزم القول بعدم شمولها لامثاله فى سائر الموارد أيضا ، مثلا فلو لم يتحفظ المكلف نفسه من البرد فمرض فلازم ماذكره المصنف عدم ارتفاع الاحكام الضررية عنه لعدم شمول ادلة نفى الضرر عليه ٠

وكذلك اذا لم يتسهر فعجز عن الصوم ولزم منه ضرر عليه فلازمه عدم جواز الافتطار لكون الضرر مبنيا على مقدمة اعدادية هيهأ بنفسه ، وهكذا اذا سافر الى مكان لزم الصوم فيه أو اتيان امر واجب ضرر عليه للحرارة أو للبرودة او غيرهما فلازم ماذكره المصنف هو عدم شمول ادلة نفى الضرر عليه وهكذا ففى المقام ان الكافر وان كفر نبفسه واستعد لتوجه الضرر عليه ولكنه لا يمنع عن توجه ادلة نفى الضرر عليه وشمولها له كما هو واضح ٠

وبالجملة لو ثبت الخيار لادلة نفى الضرر فيثبت لهما والآ فلا يثبت لهما فلاوجه للتفصيل فاختيار أحد اطراف الامر التخييرى ليس بضرر مع اختياره الطرف الاخر ولكنه ليس بتمام وكلام المصنف تمام من هذه الجهة ٠

وذلك من جهة أن الاحكام الضررية وان ارتفعت بادلة نفى الضرر سواء ترتبت على المقدمات التى أوجدها شخص المتضرر أو لا ولكنمانحن فيه ليس كك فان جواز الفسخ الذى هو معنى الخيار الموجب لتملك الكافر وهكذا بجواز بيع العبد المسلم منه مشروط باسلام الطرف والآ فلايجوزفحيث ان الكافر فاقد لهذا الشرط مع كون تحصيله فى اختياره فلايجوزفسخ عقده وان كان الفاسخ مسلما فعدم جواز الفسخ للكافر وجوازه للمسلم ليس ضرريا على الكافر ، فان فى قدرته ان يسلم ويفسخ ، ولكن باختياره يختار البقاء على الكفر وهذا نظير اشتراط البيع بالخروج من الدار مثلا ، والآ فلا بيع ، فلا يقال ان من لم يخرج منها مضطر الى البيع اذ هو باختياره لم يخرج وهكذا وهكذا ٠

نعم، لوكان الامر منحصرا بالفسخ في حال الكفر فقط ومع ذلك منع عن الفسخ يكون ذلك ضرريا عليه فليس كك وهذا نظير ماكان التوضي بالماء البارد ضررا وكان عنده ماءان، فلايتوهم ان الوضوء ضرر عليه فيرتفع بادلة نفي الضرر، بل هو متخير بين الامرين فمع اختيار احدهما يكون الحكم ضرريا عليه لا مطلقا ففي المقام أيضا كك.

والحاصل: ان الضرر لا يترتب على الكفر الذي توهم كونه من المقدمات الاعدادية للضرر، بل الضرر مترتب على ترك الاسلام وعدم قبوله وهو باختياره ترك الاسلام فلم يتمكن من الفسخ والالجاز فسخه لواختار الاسلام.

الثاني: ما ذكره من أن ادلة نفي الضرر لا يمكن ان يكون دليلا لشيء من الخيارات، كما سيأتي في بابها لعدم تكفلها على اثبات الحكم، وانما مفادها رفع الحكم الضرري فقط، وانما دليل مثل خيار الغبن ونحوه الذي توهم كونه ادلة نفي الضرر دليلا له هو الشرط الضمني الذي يثبت الخيار من جهة التخلف به كما هو واضح.

الثالث: لوسلمنا كون ادلة نفي الضرر صالحا للدليلية على بعض الخيارات ولكن ليس مقتضاه ثبوت الخيار هنا وتوضيح ذلك انه لوقلنا بعدم حكومة آية نفي السبيل على ادلة البيع والخيارات كما منع عنه المصنف فيما تقدم حيث قال وحكومة آية نفي السبيل على ادلة البيع غير معلومة، فحتقع المعارضة بينهما في مورد بيع العبد المسلم من الكافر وفسخ البيع الموجب لتملك الكافر العبد المسلم معارضة العموم من وجه، فحتصل النوبة الى الاصل العملي فهو في المقام استصحاب لزوم العقد اذن فيتقدم عليه دليل نفي الضرر فيثبت ماذكره المصنف الا أنه لم يقل به المصنف، فان قلنا بالحكومة كما هو ظاهر المصنف، وان كان منع عنه سابقا ولكن ظاهر كلامه

العدول عنه بعده بان تكون آية نفى سبيل حاكمة على ادلة الخيارات و البيع كحكومة ماجعل عليكم فى الدين من حرج على الاحكام الرجحية فح تقع المعارضة بينها وبين ادلة نفى الضرر لكون كل منهما حاكما على الادلة الاولية فالمعارضة بين الدليلين الحاكمين اذ الاية تنفى الخيار لكونه موجبا لتملك الكافر المسلم وسبيلا عليه وادلة نفى الضرر تثبته لكون لزومضرريا فح لاوجه لتقديم ادلة نفى الضرر على الاية من جهة قوة ادلتها لعدم الوجه على قوتها، اما من حيث السند فالاية مقطوعة الصدور بخلاف ادلة نفى الضرر فانها غاية الامر موثقة واما بحسب الدلالة فكك أيضا لأن المفروض أن الاية شاملة لموارد تملك الكافر المسلم فلو لم تكن الآية متقدمة على أدلة نفى الضرر لقوتها فلا تتقدم أدلة نفى الضرر عليها لذلك كما لا يخفى، فافهم.

ثم ان هنا توهما اشار اليه العلامة فى القواعد ولم يسبقه أحد من انه لوباع الكافر العبد المسلم من المسلم فوجد فى الثمن عيبا جاز له ردّ الثمن واما استرداد العبد ففيه نظر، بل يرد بدله والاّ يلزم السبيل المنفى بالآية.

واجاب عنه المصنف بان فى ردّ البدل أيضا سبيل ولذا احكموا بسقوط الخيار فيمن ينعتق على المشترى ولولا هذا لامكن توجيه كلامه ان مقتضى الجمع بين الادلة ونفى السبيل ثبوت الخيار والحكم بالقيمة فيكون نفى السبيل مانعا شرعيا من استرداد الثمن كنقل المبيع فى زمن الخيار و كالتلف الذى هو مانع عقلى.

واما ماذكره المصنف فلاوجه له بوجه فان استحقاق الكافر البدل ليس سبيلا على المسلم والاّ لزم كون استيفاء الثمن أيضا سبيلا وأما سقوط الخيار

فى بيع من ينعتق على الكافر فمن جهة عدم قابليه المورد لذلك لصيرورته حرا بمجرد البيع فلا يبقى مجال للرجوع الى البدل أيضا ، و اما مطالبة القيمة فى التلف فى زمن الخيار أو النقل فيه الذى لا يمكن ردّ العين فيه فمن جهة ان للمالك حق مطالبة عين ماله فحيث لا يتمكن منه فيطالب ببدله لا أن له الخيار بحيث يفسخ العقد ويطالب ببدله أوقيمته فانه لا دليل عليه بوجه كما هو واضح .

وأما ما افاده العلامة ففيه انه ان ثم دليل الخيار فيسترد العين و الآ فلا، واما ردّ القيمة فلا مقتضى له أصلا ثبت له الخيار ام لم يثبت و محصل الكلام من الاول وتحقيقه ونتيجته فى المعاملات فهو اما انه تارة نقول باختصاص الاية بنفى الجعل تكوينا بمعنى ان الكافر ليس له سبيل تكوينا على المؤمن كما استفيد ذلك من الاية صدرا وذيلا وباتيان النفى بلن وحيث ليس فى الدنيا كذلك فتختص بالاخرة خصوصا بقرينة قوله تعالى : ((ان الله يحكم بينكم يوم القيمة)) وعلى هذا فتكون آية أجنبية عن المقام بالكلية .

واخرى نقول باختصاصها بالنفى التشريعى ،أى لن يجعل الله فى عالم التشريعى سبيلا للكافر على المؤمن ،فتكون ح حاكمة على جميع الاحكام الاولية كحومة نفى العسر والحرج عليها وعلى هذا فان لم تشمل الملكية او شككنا فى شمولها عليها فكالاول فلا تشمل المقام ، و ان كانت شاملة عليها لكون ملكيّة الكافر على المسلم سبيلا عليه ،وسلطنة عليه فكما تكون حاكمة على سائر الاحكام ،فتكون حاكمة على العمومات الدالة على حصول الملك كأوفوا بالعقود ،ونحوه ،فلا يجوز بمقتضى الاية بيع العبد المسلم من الكافر وتملكه له الآ فيما دل دليل الخاص على جواز التملك

كما ادعى الاجماع على ذلك فى الارث واما فى غير موارد الاجماع و عدم الدليل على التملك فتكون آية نفى السبيل محكمة كاذهب اليه المصنف.

وان كانت الاية شاملة لكل من نفى الجعل التشرعيّة والتكوينية بارادة الجامع من السبيل الشاملة لهما وشملت للملكيّة أيضا فلاتكون الاية حاكمة على سائر الاحكام ولا على ادلة صحة المعاملات فان حكومتها عليها فى فرض اختصاصها بالنفى التشريعى وعلى فرض ارادة الجامع فيكون النفى التشريعى من مصاديق الاية ،وح تقع المعارضة بينها وبين أدلة صحة المعاملات ((كأوفوا بالعقود)) بالعموم من وجه فحيث ان عموم دليل الوفا بالعقد وضعى لكونه جمعا محلا باللام ،وعموم الاية بالاطلاق لكونه من جهة وقوع النكرة فى سياق النفى الذى ثبت عمومه بمقدمات الحكمة فيكون أوفوا بالعقود مقدما على آية نفى السبيل اذا فيحكم بجواز بيع العبد المسلم من الكافر.

هذا كله فى المعاملات التى تقدمت.واما الخيارات فأيضا أن أريد من الاية خصوص النفى التكوينى فتكون اجنبية عن المقام ،وان اريد منها النفى التشريعى فتكون حاكمة أيضا على جميع الاحكام ومع ذلك لو لم تشمل للملكية أو شككنا فى شمولها لها فتكون أجنبية عن المقام أيضا فلا تكون حاكمة على أدلة الخيارات كما لم تكن حاكمة على أدلة البيع أى اجنبية عن ما نحن فيه.

وان قلنا بشمولها للملكيّة أيضا فتكون حاكمة على أدلة الخيارات كما كانت حاكمة على أدله المعاملات فيحكم بلزوم البيع ولزوم سائر المعاملات الواقعة عليها عند نقل الكافر ذلك من ملكه الى غيره.

وان قلنا بعموم الاية للنفى التكوينى والتشريعى بارادة الجامع من

السبيل فلاتكون حاكمة ،ح على ادلة الخيارات كما تقدم فى المعاملات بل تقع المعارضة بين الاية وبين أدلة الخيارات بالعموم من وجه و بما انا ذكرنا فى الاصول انه اذا تعارضة الاية مع الروايات بالعموم من وجه تتقدم الاية على الرواية لشمول الاخبار المتواترة الامرة بطرح ماخالف كتاب الله أو أنه لم نقله أو زخرف الى غير ذلك من المضامين لصورة المعارضة بالعموم من وجه فاذا تتقدم آية نفى السبيل على أدلة الخيارات.

ولكن لا تجرى هذه الكبرى فى خصوص المقام ولا تنطبق عليه و ذلك من جهة انا لا نحتمل جواز بيع العبد المسلم من الكافر وعدم جواز فسخه العقد، بل اذا جاز البيع جاز الفسح بطريق اولى وهذا بخلاف العكس ، فانه يمكن الالتزام بجواز الفسخ ولا نلتزم بجواز البيع وعلى هذا فتقديم الاية على أدلة الخيارات يستلزم عدم جواز الفسخ وقد قلنا بجواز البيع بتقديم دليل الوفاء بالعقد على آية(نفى السبيل) وعلى هذا لو قدمنا الاية على أدلة الخيارات فلازمه تقديمها على أدلة البيع أيضا ،لوقوع المعارضة بين الاية((نفى السبيل)) و بين آية((اوفوا)) بالملازمة المذكورة فحيث عرفت أن عموم أية اوفوا بالعقود بالوضع و عموم آية نفى السبيل بالاطلاق ، فتكون آية اوفوا ،مقدمة على آية نفى السبيل فتكون أدلة الخيارات متقدمة عليها لتعاضدها بآية ((أوفوا)).

وبالجملة عند معارضة الاية مع الرواية بالعموم من وجه وان كانت الاية مقدمة على الرواية وليس ذلك لتعارض الايتين ليحكم بالتساقط لو لم يكن فى أحدهما ترجيح بحسب الدلالة ولكن اذ تعاضدت الرواية بآية تكون تلك الاية فى نفسها عند معارضتها بآية الاخرى المعارضة مع الرواية مقدمة عليها فقهرا تكون الرواية أيضا مقدمة على الاية لاجل تلك المعاضدة ،كما

لا يخفى .

اذن فلابد من العمل بأدلة الخيارات فيثبت جواز الفسخ للكافر و للمسلم كليهما ، كما كان جواز البيع ثابتا لهما بان يبيع المسلم العبد المسلم من الكافر ، غاية الامر بمجرد الفسخ يجبر على البيع ثانيا كما انه يجبر على البيع مع الشرى ابتداء .

هذا كله بالنسبة الى أدلة الخيارات غير ما اذا كان المدرك هى قاعدة لاضرر ، فلاشبهة أن كل واحد من قضية لاضرر وآية نفى السبيل يكونان حاكمتين على الادلة الاولية فى عرض واحد وتقع المعارضة بين الدليلين الحاكمين بالعموم من وجه فماذكره المصنف من تقديم أدلة نفى الضرر لقوته على الاية بلا وجه ، بل لابد من تقديم الاية على القاعدة بناء على ماذكرناه من لزوم تقديم الاية على الرواية عند المعارضة بالعموم من وجه و يتساقطان فتصل النوبة الى أدلة صحة البيع ولزومه ، لان المانع عنه انماكان هو دليل نفى السبيل للحكومة فاذا ابتلى بالمعارضة فانتفى العموم الدال على لزوم .

ولكن لخصوصية المورد أيضا لابد من تقديم قاعدة لا ضرر على الاية لمعاضدتها بآية ((أوفوا بالعقود)) فان تقديم آية ((نفى السبيل)) بالملازمة تنفى تقديم آية ((اوفوا بالعقود)) فان نفى الخيار والحكم بلزوم البيع بآية نفى السبيل تقديمها على دليل الوفاء بالعقود اذ لا يحتمل الالتزام بعدم جواز الفسخ و الالتزام بجواز البيع ، بل لو التزمنا بعدم جواز الفسخ فعدم جواز البيع اولى كما تقدم ، اذن فالمعارضة بين آية ((نفى السبيل)) و قاعدة ((لاضرر)) المعاضدة بآية ((أوفوا بالعقود)) بحيث ان عموم دليل الوفاء بالعقد وضعى وعموم آية نفى السبيل اطلاقى ، فيتقدم على آية نفى السبيل فيحكم بجريان الخيار فى بيع العبد المسلم على الكافر للمسلم و الكافر بناء

على صحة كونها مدركا لثبوت الخيار .

فتحصل أنه لا دليل على عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر و عليه ففى كل مورد تحقق الاجماع على المنع كما فى البيع ابتداء فيتبع والاّ فيحكم بالجواز، كالفسخ ، اذ لا نطمئن بشمول الاجماع للفسخ أيضا ، فاذا فسخ الكافر العقد وتملك العبد ثانيا فأجبر على البيع أيضا ثانيا كما لا يخفى .

استدراك مما تقدم وهو انا ذكرنا تقديم عمومات الصحة على آية نفى السبيل عند معارضتها معها أو بأدلة الخيارات وكذلك ذكرنا تقديم أدلة نفى الضرر على آية نفى السبيل عند حكومتها وحكومة آية نفى السبيل على سائر الأدلة الاّ أن هذا الاخير ممنوع، اذ بعد حكومة الاية مع ادلة نفى الضرر على سائر الأدلة لا وجه لمعاضدة أدلة نفى الضرر بالعمومات بالملازمة كما كان هو الميزان فى تقديمنا أدلة المضار على غيرها .

فى حرمة بيع المصحف من الكافر

قوله : المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر .

أقول : ان قلنا بعدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر وكان المدرك فيه هو الاجماع، فلا شبهة فى عدم شموله للمصحف لا يمكن التعدى من مورده الذى هو المتيقن منه ، وان كان المدرك الاية أو الروايات، فقد أدعى شمولها بالمصحف بالاولوية القطعية الاّ أنها ممنوعة كما هو واضح .

و توضيح ذلك ان محل الكلام هنا انما هو مطلق نقل القرآن الى الكافر ولو بالهبة والارث، بل لو ملكه المسلم فكفر فهو أيضا داخل فى محل النزاع حتى لو كتبه فى قرطاس و نحوه والاّ قد منع بعضهم كالمصنف و غيره من

الاعاظم من بيع المصحف من المسلم أيضا ٠

ثم ان هذا فيما لم يكن النقل مستلزما للجهات الخارجية الطارية على النقل من مثل الهتك أو مسّ اليد ،والاّ فيكون داخلا فى بيع المباح ممن يعلم أنه يصرفه فى الحرام كبيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرا وبيع الخشب ممن يعلم أنه يصنعه صليبا أو صنما ٠

وبالجملة فمحط البحث هنا ماداذا كان النظر الى مجرد النقل فقط كأن اشتراه الكافر مثلا ليوقفه على المسلمين أو يجعله فى مكتبة أويحفظفى صندوق ونحر ذلك ،وأما لو اقترن الى الجهات الخارجيةفلا اشكال فى الحرمة من غير اختصاص له بالكافر أصلا ،ثم لا وجه للحكم بالكراهة هنا كما توهم ، بل ان تم الدليل فيحكم بالحرمة والاّ فيحكم بالجواز بلاكراهة ٠

ثم ان كان مدرك الحكم فى حرمة بيع العبد المسلم من الكافر هو الاجماع فلا شبهة فى عدم شموله للمصحف لكونه دليلا لبيّا فيراد بهالمتيقن

وان كان المدرك هو آية نفى السبيل أو الروايات فيستدل بها على المقام بالفحوى كما سلكه المصنف و هو من ان الوجه فى ذلك هو لزوم مراعات احترام المؤمن احتراما يقتضى نفى سبيل الكافر عليه وهو يستدعى بالاولوية القطعية حرمة بيع المصحف أيضا ،اذ هو أعظم احتراما و درجة من المؤمن ، بل عليه يدور اساس الاسلام ،بل لو دار الأمر بين حفظه و حفظ الاف من المؤمنين يكون حفظه مقدما عليهم كما كان الامر كذلك من صدر الاسلام و بدوه ٠

وعلى هذا فاذا نفى سبيل الكافر على المؤمن فبالاولوية ينفى سبيله على القرآن أيضا فيحرم نقله اليه بأى عنوان كان ٠

و فيه اولا نمنع كون مناط المنع فى بيع العبد المسلم من الكافر هو الاحترام

و حفظ شئون المؤمن ، بل يمكن ان يكون الوجه فيه هو شيء آخر وهو مبغوضية نفس تملك الكافر أو حكمة أخرى لا سبيل لنا اليها ٠

وعلى تقدير قبول المناط فنمنع الاولوية في ذلك اذ لا نسلم ان يكون احترام مطلق القرآن أولى من احترام المؤمن ، بل انما هو نشأ من الخلط و الاشتباه اذ ما يجب احترامه وفداء النفوس له و الجهاد لحفظه انما هو القرآن الكلي الجامع بين الاشخاص بحيث بزواله زال الدين و انهدم شريعة سيد المرسلين و قد استفدى بذلك الانبياء و الاوصياء نفوسهم فضلا عن المؤمنين ، بل ما من امام الا وقد قتل لاحياء القرآن وقوانينه و هذا أمر واضح لا شبهة فيه ٠

وأما كون حفظ شخص القرآن المطبوع في مطبعة فلانية أولى من المؤمن غير معلوم ، بل معلوم العدم ، فان حفظ المؤمن أعظم درجة من ذلك و لا نحتمل ان يشك أحد في أنه لو دار الأمر بين اتلاف قرآن بالقائه بالحبل المشدود فيه لانقاذ مؤمن وبين تلف المؤمن أن انقاذ المؤمن مقدم ، وكذلك لو دار الأمر بين موت مؤمن جوعا و بين اتلاف القرآن لحفظه فلا شبهة في كون الأول مقدما على الثاني ٠

وبالجملة ما يكون حفظه أولى من حفظ المؤمن فخارج عن محل الكلام و ما ليس كذلك فلا نسلم الاولوية فيه ٠

على أنه ربما يكون البيع موجبا للاحترام اذ كثيرا ما يطالعه و يهتدى به فلو لم يباع كيف يطلع على قوانينه الوافية يتهدى به فأحترامه يقتض البيع لعله يوجب الارشاد و توهم استلزامه الهتك مدفوع لما عرفت ان محل الكلام انما هو مع قطع النظر عن الجهات الخارجية كما لا يخفى ٠

وعلى تقدير ثبوت الحكم هنا ، فهل يثبت في الاخبار المتواترة فيه

خلاف، ولا شبهة فى عدم الشمول لو كان المدرك هو الاجماع لعدم شموله للمصحف فضلا عن شموله للاخبار المتواترة .

وأما لو كان مدرك الحكم هى الاية أو الروايات فأيضا لا تشمل الاخبار المتواترة لعدم الاولوية هنا قطعا لو كانت ثابتة فى المصحف بل يكفينا الشك كيف فهل يتوهم أحد أنه اذا دار الأمر بين حفظ النفس وبين حفظ الخبر المتواتر أن حفظ الخبر المتواتر مقدم .

وعلى تقدير ثبوت الحكم فى الخبر المتواتر فلا يشمل الخبر الواحد، فان مجرد الحجية لا يوجب ثبوت جميع الاحكام عليه كما ذهب اليه شيخنا الاستاذ ثم العجب من المصنف حيث استشكل فى دليل الحكم واستحسن ما ذكروه فانه لا ندرى انه بعد التأمل فى المدرك هل الفتوى بلا دليل حسن و هو أعرف بالحال .

القول فى شرائط العوضين

قوله : يشترط فى كل منهما كونه متمولا .

أقول : محصل كلامه أن من جملة شرائط العوضين أن يكون متمولا لأن البيع فى اللغة مبادلة مال بمال ، و بهذا يحترز عما لا نفع فيه كالخنافس و الديدان لخستها ، وكذلك مثل الحبة من الحنطة فما لم يتحقق فى الشيء التمول و الانتفاع به فاحرز كونه أكلا للمال بالباطل عرفا ، فالظاهر فساد المعاملة و ان لم يحرز فيه ذلك ، فان ثبت بدليل أو اجماع انه لا يجوز بيعه اخذ به والاّ فيرجع الى عمومات صحة البيع والتجارة والى الرواية الخاصة و هى قوله عليه السلام فى رواية تحف العقول و كل شىء يكون لهم فيه الصلاح

من جهة من الجهات فكل ذلك حلال بيعه و شراؤه ·

و فى كلامه مواقع للنظر، الاول : اعتبار المالية فى العرضين فى البيع لقول المصباح و ذلك لعدم حجية قوله ، يكفى فى صحة المعاملة على ماليس بمال مجرد الغرض الشخصى ،كما اذا اشترى مكتوبة جده بقيمة عالية للابقاء مع عدم كونها قابلة للمعاوضة أو اشترى خنفساء بقيمة أو عقربا بقيمة كذا، للجل المداوى ونحوها كما لا يخفى ،وقد تقدم فى أول البيع جواز كون الحقوق ثمنا فى المعاملة بان باع شيئا ليرفع المشترى يده من حقه الفلانى صحيح والوجه فى ذلك كله هو ان البيع تبديل بين الشيئين برفع اليد عن أحدهما وجعل الاخر موردا للحق كما لا يخفى ،فغاية الامر يمنع ذلك عن التمسك بعمومات مادّل على صحة البيع بالخصوص ،واما مادّل على صحة مطلق العقود والتجارة عن تراض فلا ، اذ لا شك فى صدق التجارة عن تراض ،والعقد على المعاملة الجارية على ماليس بمال لما عرفت فى بعض تنبهات المعاطات أن فى العرف لا يصدق عليه البيع، بل الثمن و المثمن على العوضين بل يصدق عليه مجرد المبادلة والمعاوضة كتبديل ثوب بثوب وعباء بعباء ،وهكذا ،ولا شبهة فى صحة ذلك لأوفوا بالعقود، وتجارة عن تراض ،و السيرة القطعية كما هو واضح ·

والثانى : ماالتزم به من انه مع الشك فى التمول ان احرزكون المعاوضة أكلا للمال بالباطل فيكون فاسدا ·

و وجه الضعف انه بناء على كون المراد من الاية ما فسّر به المصنف من ارادة المعاملة السفهية كالمعاملة على ما لا نفع فيه ،والغرض عماذكرناه من كونها ناظرة الى الاسباب انه لا يجتمع احتمال المالية مع صدق الاكل مال بالباطل ،اذ معنى صدق أكل المال بالباطل انه ليس بمال ليكون أكل

المال بازائه أكلا له بالباطل ،ومعنى الشك فى التمول احتمال كونه مالا فما يحتمل فى ماليته لا يكون من أكل المال بالباطل ٠

الثالث: ما تمسك به بعدعدم احراز كونه من أكل المال بالباطل من العمومات، وحكمه بالصحة بها ،وبرواية تحف العقول ،ووجه الضعف اما رواية تحف العقول فقد تقدم الكلام فى ضعفها واضطرابها ٠

وأما العمومات، فالتمسك بها مع الشك فى التمول الموجب للشك فى صدق البيع تمسك بالعام فى الشبهات المصداقية كما هو واضح ٠

قوله :ثم انهم احترزوا باعتبار الملكية فى العوضين ٠

أقول :لم يعتبر المصنف الملكية فى العوضين ليحترز بها عن غير الملك كما هو واضح ٠

ودعوى اتحاد الملكية و المالية فاسد اذ بينهما عموم من وجه و الشيء قد يكون ملكا ولا يكون مالا كحبة من الحنطة وقد يكون مالا ولا يكون ملكا لاحد كالمباحات الاصلية وقد يجتمعان فاعتبار المالية لا يدل على اعتبار الملكية ٠

بل لا وجه لاعتبار الملكية فى العوضين أصلا ، اذ البيع ليس الا التبديل بين الشيئين يقطع علاقة كل من المتبايعين عنهما واحداث علاقة اخرى فيهما وقد تقدم فى أول البيع جواز كون الحق ثمنا فى البيع كأن يبيع شيئا على ان يرفع المشترى يده عن حقه كالتحجير وغيره من الحقوق ٠

ويدل على ذلك جواز بيع الكلى فى الذمة مع انه ليس ملكا لاحد أصلا وانما تحصل الملكية للمشترى بالشرى ويملك على ذمة البايع و من هنا نقض الامام عليه السلام على العامة لعدم قولهم بصحة بيع الكلى ببيع السلم لانهما من واد واحد كما تقدم فى الاخبار المتقدمة فى البيع الفضولى ٠

نعم ، تعتبر الملكية فى البيوع الشخصية للاخبار الخاصة من قولهم

عليهم السلام لا تبع ما ليس عندك كبيع مال الغير قبل الشرى وبيع الطير في الهواء والسمك في البحر ، قبل الاصطياد ، فانها من قبيل بيع ماليس عنده ومن اظهر مصاديقه فلاشبهة في بطلانه ٠

بل ، يمكن ان يقال بعدم اعتبارها في الاعيان الشخصية ايضا اذ معنى قولهم لا تبع ما ليس عندك هو ان ماليس بمقدور التسليم لا يجوز بيعه بوجه ، لا انه يجب ان يكون مملوكا للبايع ٠

واما قولهم عليهم السلام لا بيع الاّ في ملك ، فقد تقدم في بيع الفضولي ان المراد من الملكية ليس ملكية العين الشخصية ، بل المراد منها مالكية البايع ، التصرف من البيع ونحوه ككونه وليّا للمالك أو وكيلا أو مأذونا من قبله وهكذا ٠

ثم انه على تقدير اعتبار الملكية في العوضين لا وجه للاحتراز بها عن الاراض المفتوحة عنوة ، فانها ملك بلا اشكال ، نعم ليس بطلق فاذا اريد الاحتراز عنها فلابد من تقييد الملك بالطلق كما هو واضح ٠

ثم بيّن المصنف اقسام الملك من أنه :ــ

تارة يكون طلقا لاحد كالاملاك الخاصة ٠

وأخرى لا يكون ملكية العين طلقا ، وانما يكون تملك بمنافعه طلقا ، كالاوقاف الخاصه ، حيث انها ليست ملكا طلقا لاحد من الموقوف عليهم ولكن منفعتها ملك طلق لهم ، ولهم مالكية مطلقة لذلك ٠

وثالثة : لا تكون ملكيّة العين ولا ملكيّة المنفعة طلقا لاحد ، و لكن اذا قبضت المنفعة تكون ملكا طلقا للقابض كالاوقاف العامة اذ هي و منافعها ليست ملكا طلقا لاحد ولكن اذا قبضوا منفعة يكون ملكا لهم بلاشبهة ٠

ورابعا : ان لا يكون ملكا طلقا لاحد لا عينا ولا نفعا ولكن اذا قبضوا

تكون العين والمنفعة كليتهما ملكا للقابض وذلك كحق السادة والفقراء فى الزكاة ، وفى الخمس اذ هما ليسا ملكا طلقا لاحد منهم ، بحيث اذا مات أحدهم فليقم وارثه مقامه اذ المالك هو الكلى فهو باق على حاله وانما ملك كل منهم العين ونفعها بعد القبض ملكا طلقا ، واما سهم الامام عليه السلام ففيه خلاف .

فالاراضى المفتوحة عنوة خارجة عن جميعها ، أما عدم كونها ملكا طلقا لاحد فواضح ، واما عدم كونها من سائر الاقسام فأيضا كذلك فانها لا تكون ملكا لاحد قبل القبض وبعده ، وانما منافعها تصرف فى مصالح المسلمين .

الكلام فى احكام الاراضى

ثم ان المصنف نقل الكلام الى أقسام الاراضى لمناسبة ذكر بعض أقسامها وقد ذكرنا فى آخر المكاسب المحرمة وحاصل الكلام هنا ان الاراضى على أربعة اقسام : الاول : مايكون مواتا بالاصالة بان لم تكن مسبوقة بالعمارة .

الثانى : أن تكون معمورة بالاصالة لا بمعنى كونها معمورة عند الخلقة وقبل خلق الخلق ، بل بمعنى كونها معمورة بلامعمّر كرؤس الجبال و بطون الاودية والاشجار فى البحر والبر .

الثالث : ماعرض له الموت بعد الحياة كأرض الكوفة ، بل ارض العراق اذ كانت اراضى معمورة ولذا كانت تسمى بأرض سواد .

الرابع : ماعرض له الحياة بعد الموت .

فهذه هى الاقسام الاربعة . أما القسم الاول والكلام فيه من جهات :

أما الاولى : فالارض الموات كلها للامام عليه السلام للاجماع المحصل

والمنقول وعدم الخلاف بين الفقهاء ،وللاخبار الكثيرة ، و في المتن انها مستفيضة بل متواترة ٠

وفيه أن أصل الحكم وان كان مسلما ومجمعا عليه بين الفقهاء كماعرفت ولكن الاخبار الواردة فيها ليست مستفيضة فضلا عن كونها متواترة و ذلك لان جملة منها واردة في الارض الخربة التي باد عنها أهلها و بقيت خربة فهي اجنبية عن المقام ،فان كلامنا في الموات بالاصل لا مايكون كك بانجلاء اهلها ولذا عنوانها في وسائل في باب الخمس بعنوان آخر فما هو موات بالاصل لا تطلق عليه الخربة ،ورواية واحد واردة في خصوص الارض الموات في باب احياء الموات من وسائل فلا تحقق بها الاستفاضة والتواتر.

نعم ،في جملة من الروايات في ج ٢ وسائل باب الانفال من الخمس الارض التي ميتة لا ربّ لها فهي للامام عليه السلام ،فلا شبهة في شمولها للموات من الارض من غير اباد اهلها ولكنها ليست بمتواترة أيضا و لا مستفيضة ٠

نعم ،لوكان المراد بالاستفاضة هو كونها ثلاثة أو أربعة فلا باس باطلاق المستفيضة عليها ٠

وبالجملة ان الغرض بيان عدم استفاضة الروايات وتواترها والآ فأصل الحكم مسلم ،بل يمكن الاستدلال على ذلك بآية الانفال لكونها للامام عليه السلام غاية الامر نثبت الصغرى بدليل أخر ،اى كونها انفالا فلا شبهة في ذلك للاطباق الروايات على كونها موات الارض من الانفال ٠

أما الجهة الثانية : فهل يشترط في التملك بها مجرد قوله (عليه السلام) في النبوى موتان الارض للامام عليه السلام ثم هي لكم أيها المسلمون وكك في النبوى الاخر بحيث يكون بذلك ملكا للمسلمين بالسبق اليها ،و ان لم

يحيوها أو لا بد فى ذلك من الاحياء فظاهر النبويان و ان كان هو الملك
بذلك ولكن مضافا الى ضعف السند فيهما انهما مقيدان بالاحياء فلايكون
ملكا لاحد بدونه كما فى جملة من الروايات وبالجملة ان التملك مشروط
بالاحياء فلا يتملك تلك الاراضى بدون الاحياء فلا يعمل بالنبويان.

الجهة الثالثة: ان الحلية والملكية بالاحياء مختصّة بالشيعة أو يشمل
غيرهم من المسلمين او لكل من أحياها مسلما كان أو كافرا، و الكافر أيضا
ذميّا كان أو حربيّا، فظاهر بعض الاخبار وان كان هو اختصاص ذلك
بالشيعة الاّ أن النبويان المتقدمان يدلان على شمول الحكم لمطلق المسلمين
ولكنها ضعيفة السند، بل يمكن أن يراد من المؤمن فى بعض الاخبار من
احياها من المؤمنين مطلق المسلم الذى آمن بالله وبرسوله و بيوم الاخر،
أى المؤمن فى القرآن.

ولكن يكفى فى عموم الحكم لغير الشيعة أيضا العمومات الوارد ففى مورد
شراء الارض من الذمى فقالوا (ع) أى قوم أحيوا ارضا فهى لهم و هم أحق
بها، فان المورد وان كان هو الذمى، ولكنه لا يكون مخصصا بعد عمومية
الجواب فيكون شاملا لمطلق المحيى مسلما كان أو كافرا ذميا كان أو كافرا حربيا،
وهذا الاخبار مذكورة فى وسائل فى أحياء الموات، وما دلّ من الاخبار على
كون موات الارض للشيعة بالاحياء لا توجب التخصيص لعدم التنافى خصوصا
مع الاحتمال المذكور من كون المراد من المؤمن مطلق من آمن بالله وبرسوله
وبيوم القيامة فى الاخبار التى ذكر فيها المؤمن ومن هنا قال صاحب وسائل
فى عنوان المطلب ان الذمى اذا أحيى مواتا من أرض الصلح فهى له
قبل هذا الباب فعنوانه أيضا مطلق يشمل مطلق المحيى وان كان من غير
المسلم.

والجهة الرابعة : فى أن الخراج الثابت فى تلك الاراضى على المحيى هل هو ثابت لكل من أحياها شيعة كان أو غيرها ، أو ثابت لغير الشيعة و ربما يقال بثبوته لكل من أحياها ولو كان المحيى هو الشيعة لصحيحة الكابلى فمن أحيى من الارض من المسلمين فيعمرها وليؤد خراجها الى الامام (عليه السلام) من أهل بيتى وله ما أكل منها ·

ولمصححة عمر بن يزيد يقول : من أحيى أرضا من المؤمنين فهى لـه و عليه طسقها يؤديه الى الامام (ع) فى حال الهدنة فاذا ظهر القائم عليه السلام فليوطى نفسه على أن يؤخذ منه الخبر، فالظاهر منها ان الحكم أعم فلابدّ لكل من أحياها اعطاء الخراج الى الامام (ع) وعليه فيشكل القول بعدم وجوبه للشيعة لذهاب المشهور ، بل فقهائنا أجمع الى عدم وجوب الخراج لهم ، وحملهما المصنف على وجهين ، الاول : أنه يمكن حملها على بيان الاستحقاق و وجوب ايصال الطسق اذا طلب الامام (ع) لكن الائمة بعد أمير المؤمنين عليه السلام حللّوا لشيعتهم واسقطوا ذلك عنهم ، كما يدل عليه قوله (ع) ماكان لنا فهو لشيعتنا ، ويحتمل حمل هذه الاخبار المذكورة على حال الحضور والاّ فالظاهر عدم الخلاف فى عدم وجوب مال الامام فى حال الغيبة ، بل الاخبار متفقة على أنها لمن أحياها ·

الاّ أنها بعيدان ، بل اجنبيان عن ظهور الروايتين ·

أما الاول : فلأن الظاهر من الروايتين ايصال الطسق الى الامام (ع) فى حال الهدنة كما هو ظاهر رواية عمر بن يزيد ، ووجوب اخراج الخراج اليه كما هو ظاهر رواية الكابلى فحملهما على مجّرد الاستحقاق خلاف الظاهر ، بل خلاف الصراحة ·

وأما الثانى، فلأن الظاهر منها أيضا اخراج الخراج وايصاله الى الامام

(عليه السلام) مطلقا ولو فى حال الغيبة ولذا قال(ع) فى ذيل رواية عمر ابن يزيد فاذا ظهر القائم فليوطّى نفسه على أن يؤخذ منه يعنى اذا لم يعطى ذلك الشخص الذى الارض تحت يده فليوطن الامام نفسه لاخذ منه .

وبالجملة فليس فى شىء من الروايتين ما يدل على الفرق بين الحضور والغيبة والاولى حملهما على غير الشيعة للاخبار الدالة على تحليل الاراضى للشيعة وكونهم محللون فيه كما فى رواية مسمع وغيرها ويؤيد ذلك التفريق بين الشيعة وغيرها فى رواية مسمع قال(ع) : فهم فيه محلّلون ، و محلل لهم ذلك الى أن يقوم قائمنا فيجيئهم طسق ماكان فى أيدى سواهم فان كسبهم فى الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا ويأخذ الارض من أيديهم ويخرجهم منها صغرة ، وأيضا يؤيد ذلك ذيل رواية عمر بن يزيد من قوله فاذا ظهر القائم فيوطن نفسه على أن يؤخذ منه مع ان قوله فيجيئهم طسق ما فى أيديهم ظاهر فى ان الخراج على الشيعة بعد قيام الحجة وأما قبله فلا خراج عليهم وكك الاخبار الدالة على أن الارض كلها للامام(ع) فالشيعة فيها محللون اذ لامعنى للخراج بعد ثبوت التحليل فيها الشامل للموات بالاصل أيضا .

وبالجملة لاشبهة فى دلالة غير واحد من الروايات على عدم ثبوت تحليل ما للامام من الاراضى لغير الشيعة بدون الخراج وكون كسبهم فيها حراما أدّل دليل ، وأقوى قرينة على ماذكرناه من حمل الروايتين على غير الشيعة ، كما هو واضح .

وتوهم كون مورد هما هى الشيعة فلايمكن حملها على غيرها توهم فاسد بداهة ان رواية الكابلى ليس فيها سؤال حتى نرى أنه شيعى أم غير شيعى وأما رواية عمر بن يزيد ، فالراوى فيها وان كان شيعيا ولكن المورد هو الرجل

الشامل للشيعة وأهل السنة فلاوجه لحمله على الشيعة ، بل نسخةالوسائل سئل رجل من أهل الجبل ومن الواضح أن أهل الجبل سنى ، بل ناصبى ، فى زماننا هذا فضلا عن الزمان السابق الذى لم يكن من الشيعة أسم ولا رسم .

ويؤيد هذا الحمل مافى ذيل رواية عمربن يزيد من قوله (عليه‌السلام) فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه ومن المعلوم أنه لوكان المراد منهم هى الشيعة لم يأخذ الامام(ع) الارض منهم ، بل يبقى عندهم ويأخذ منهم الخراج وأوضح تأييد لذلك قوله(ع) فى رواية مسمع التفصيل بين الشيعة وغيرهم و جعل الشيعة فى حلّ فى الخراج وأما غيرهم فان كسبهم فى ذلك حرام فان حليته مشروطة باعطاء الخراج فلم يعطوها للامام(ع) فيجيء الامام(ع) فيخرجهم عنها صفرة أى خالية اليد أو صغرة ، أى صاغرا وذليلا على حسب اختلاف النسخة فيعلم من ذلك أن الخراج لغير الشيعة وأما الشيعة فهم فى حل من ذلك ومع الغضّ عن جميع ذلك فالروايات الدالة على حلّيّة الاراضى للشيعة فى حال الغيبة تكون مقيد لهاتين الروايتين و بالجملة لا مانع من حملها على غير الشيعة بوجه .

قوله : وسيأتى حكاية اجماع المسلمين على صيرورتها ملكا بالاحياء .

أقول : المشهور ، بل المجمع عليه أن الاراضى الموات بالاصل تكون ملكا لمن أحياها ولكن الظاهر خلافه ، وتوضيح ذلك أن الاخبار الواردة فى ذلك على ثلاث طوائف :ـ

الاولى : ما دّل على أنها لمن أحياها وأنها له .

والثانية : ما دّل على أن المحيي أحق بها من غيره .

والثالث : ماجمع الامرين اللهية والاحقية ولا شبهة أن ما اشتمل على اللام

فى كونه ظاهرا فى افادة الملكية ولكن لا بد من رفع اليد عن ظهوره و ارادة مجرد الاختصاص من ذلك وذلك من جهة أنه ذكر فى جملة من الاخبار التى تقدم بعضها فى الجهة الرابعة أن غير الشيعة لا بدّ و ان يعطى الخراج ، والاّ فيكون كسبهم فى تلك الاراضى حراما ومن الواضح أنه لا معنى لحرمة الكسب فى ملك نفسه ، ووجوب اخراج الخراج منه فيعلم من ذلك أنه لم يحصل بالاحياء الاّ مجرّد حق الاختصاص واللام فى قولهم من أحيى أرضا فهى له ، المجرد الاختصاص .

وبالجملة فيدور الامر بين رفع اليد عن ظهور اللام فى الملكية و بين الالتزام بورود التخصيص على دليل السلطنة أو الالتزام بتصرّف الامام (ع) فى ملك الغير بولايته الشخصية بحيث حكم بثبوت الخراج والاّ فيكون الكسب حراما فلا شبهة أن الاول أولى وأسهل للالتزام كما لا يخفى وعلى هذا فيكون الحكم بعدم جواز الكسب على طبق القاعدة وكذلك اخراجهم من الارض و اخذها منهم بعد ظهور الحجة فان الملك ملك الغير فاذا لم يف المتصرف على ما شرطه عليه مالك الارض فيكون كسبه حراما على حسب القواعد لكونه غصبا .

ومن هنا اندفع ماتوهم من أن التملك مشروط باداء الخراج فاذا امتنعوا عنه فلا يكون الملك حاصلا .

و وجه الاندفاع أنه لا معنى للخراج مع الملكية وأن رفع اليد عن الملكية أسهل من رفع اليد عن دليل السلطنة أو اللالتزام بتصرف الامام عليه السلام فى مال الغير مع كونه للغير بالولاية وهذا بخلاف ماقلنا أن الارض ملك للامام وجواز التصرف فيها مشروط باعطاء الخراج والاّ فيكون حراما كما هو كذلك فى جميع الموارد بحسب القواعد .

ويدل على ذلك مضافا الى ماذكرناه امران ، الاول : ماورد في الاخبار الكثيرة من أنه ليس لمحيي الارض تعطيلها والآ فلغيره احيائها و اجراء انهارها فيكون أحق به من غيره وقد عقد في الوسائل بابا لذلك في احياء الموات وان لم يتعرّض له الفقهاء فلو كان الاحياء موجبا للملكيةفلماذا اسقط حقه بالتعطيل ازيد من ثلاث سنوات فان الناس مسلطون على أموالهم يفعلون فيها مايشائون فهل لاحد ان يزاحمه في أموالهم الشخصية لمكان التعطيل فيعلم من أنه لم يثبت لمحيي الارض الآ حق الاختصاص فيزول بالعطلة أو بعدم الوفاء بالشرط أعني اعطاء الخراج ، نعم حلل ذلك لشيعة كما هو واضح .

الامر الثاني : انه لو كانت الاراضي الموات بالاصل مملوكة للمحيى لكان ملكا لهم دائما مع أنه ذكر في رواية مسمع ان الحل ثبت فيها للشيعة وليس لهم فيها خراج الى ان يقوم صاحب الامر وبعده فيجيئهم طسق ما في أيديهم واما غيرهم فكسبهم فيها حرام لعدم اعطائهم خراجها وبعد القيام يخرجهم من الارض وينزعها من أيديهم وفي ذيل رواية الكابلي أن الشيعة في حل في تلك الاراضي وليس فيها عليهم خراج الى أن يقوم القائم (ع) فيضرب عليهم الخراج فيها فلوكان الاحياء موجبا للملكيّة فتكون تلك الاراضي كسائر الاملاك الشخصية فهل يتوهم أحد أن الامام يضرب الخراج لها على الملاك أو يأخذها من يد غير الشيعة فكل ذلك دليل على عدم حصول الملكية للاراضي الميتة بالاحياء ، وانما الثابت لهم في ذلك مجرّد حق الاولوية والاختصاص بحيث لا يزاحمهم غيرهم في ذلك .

لا يقال أنه لا شبهة في جواز بيع تلك الاراضي كما في الاخبار الدالة على اشترائها من ذمي فلو لم تكن ملكا فلا وجه لجواز البيع .

فانه يقال نعم، لا شبهة فى جواز البيع ولكن لا يدل ذلك على كونها ملكا للمحيى، بل يبيع منها ما ثبت له من الحق فيها فان البيع كما عرفت هو التبديل بين الشيئين بحيث يقوم كل منهما مقام الاخر فى جهة الاضافة ففى المقام يقوم بالمبادلة كل من العرض والمعوض مقام الاخر فالعوض هو الثمن والمعوض هو الحق الثابت فى تلك الارض كحق التحجير وحق الجلوس كما هو المرسوم فى اليوم فى الدكاكين المسمى فى الفارسية (بسرقفلى) فجواز البيع من هذا الجهة.

ومما ذكرناه انحل الفرع المبتلى به كثيرا وقد سئلنا عنه مرارا وهو ثبوت الخمس فى نفس الأرض الموات بعد الأحياء اذا كان الاحياء للتجارة دون مؤنة نفسه وعياله فانه على ما ذكرناه لا خمس فى نفس الارض لعدم كونه ملكا للمحيى ليدخل تحت المنافع الحاصلة يوما فيوما، بل يثبت الخمس فى منافعها بعد مضى الحول كما هو واضح.

والحاصل: أن الكلام كان فى أن الاراضى الميتة هل تملك بالاحياء أم لا، وقلنا أن المشهور، بل المجمع عليه وان كان هو التملك بالاحياء.

ولكن الظاهر هو عدم حصول الملكية لاحد بالاحياء ويدل على ذلك ثبوت الخراج لغير الشيعة وثبوت التحليل لهم مع انه انما يناسب التحليل والخراج مع عدم الملكية وكذلك يدل عليه حرمة كسب غير الشيعة فى تلك الاراضى واخراج الارض من أيديهم بعد قيام الحجة وجعل الطسق للشيعة كما فى رواية مسمع حيث قال فيجيئهم طسق ما كان فى أيديهم، مع أنه لو كان ملكا للمحيى لم يكن مجال لشىء من المذكورات.

وذكر أنه لا وجه للقول بالملكية الآ ظهور اللام المذكور فى جملة من الاخبار من أنه من أحيى أرضا مواتا فهى له فى الملكية لا مجرّد الاختصاص.

وفيه أنه مضافا الى أن المذكور فى عدة من الروايات هى الاحقيةفلولم تكن ذلك قرينة لارادة مجرد الاختصاص من اللام فتكفينا القرائن المذكورة لرفع اليدعن ظهور اللام فى الملكية لانه يدور الأمر بين رفع اليد عن ظهور اللام فى الملكيّة وبين الالتزام بكون الخراج وحرمة الكسب واخراج الارض من أيدى غير الشيعة فى زمان الظهور التصرف فى ملك الغير ، ولكن مع التصرف فى أدلة حرمة التصرف فى مال الغير وحرمة أكله الآ باذنه بدعوى أن الامام أولى بذلك من نفس المالك فلا ريب أن الأول أولى برفع اليد من الثانى ٠

وأما أخبار التحليل فهى على طائفتين ، الاول : ثبوت التحليل للشيعة وكونهم محللون فى الأرض وفى مال الامام (ع) ٠

والثانية : ما دّل على التحليل بلسان أنه ماكان لنا فلشيعتنا فهم فيه محالون فلا ريب أنه لا بدّ من رفع اليد من ظهور اللام فى الملكية فى قولهم لشيعتنا وارادة التحليل المجرد اذ مفادها هو العام من غير اختصاص المحيى وغيره ، ومن البديهى ان غير المحيى لا يملك الارض اجماعا ، فيعلم من ذلك أنهم محلّلون فى ذلك لسهولة الامر وطيب الولادة كما تعارف هذا التعبير كثيرا يقال فى مقام الاذن للغير فى التصرّف فى المال أن ما كان لى فهو لك أى يباح لك التصرف فيه كيف شاء ٠

وبالجملة لا يستفاد من شىء من أخبار التحليل التمليك أيضا ٠

ودعوى ان اللام قد استعمل فى جميع مراتب الاختصاص وانما يرفع اليد عنه بالنسبة الى غير المحيى ، واما فى المحيى فنلتزم بالملكية دعوى جزافيه ، فانه ان كان المراد من ذلك ارادة الملكية وغير الملكية فى استعمال واحد فهو غير جائز فلا يمكن فى استعمال واحد ، وان كان المراد ارادة الجامع والمطلق الشامل لهما ففيه أن المعانى الحرفيه غير قابلة للاطلاق والتقييد ، بل انما يراد اما مطلقا أو مقيدا كما لا يخفى ٠

ثم ان هنا وجها ثانيا ادق لعدم ارادة الملكية من اللام فى اخبار التحليل بدعوى أن الامام (ع) قد حلّل ماله للشيعة مع انحفاظ ألهية له ، أى حال كونها له فهى للشيعة من غير تقييد بزمان الحال و الماضى و الاستقبال والمحيى وغيره ومن البديهى هذا لا يجتمع الآ مع التحليل اذ بالتمليك لا يحفظ لهية الامام (ع) ومالكيته على أن لكل امام أن يفعل ذلك ويحلل فلو اريد التمليك من تحليل احدهم (عليهم السلام) لما بقى موضوع للثاني ،والقول بعود الملك ثانيا الى الامام الثانى بعد الاول التزام بلا وجه .

واما الخراج فلادليل على ثبوته للشيعة الآ اطلاق روايتين أحدهما مصححة عمر بن يزيد والثانية رواية الكابلى ،أما الاول فالظاهر من نفسها انه لغير الشيعة ولذا قال فى ذيلها فاذا ظهر الامام فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه ،واما الثانى فليس دلالتها الآ بالاطلاق كما فى ذيل الرواية فان الاستثناء يدل على دخول الحكم فى المستثنى منه بارادة استعمالية وان لم يعلم دخوله فيه بارادة جدية فهذا الظهور المبنى على الاطلاق دون الوضع لابدّ من رفع اليد عنها وتقييدها برواية مسمع ليحمل على غير الشيعة وان أبيت الآ من ابقائها فى ظاهرها فيقع المعارضة بين رواية الكابلى و بين رواية مسمع الدالة على عدم ثبوت الخراج للشيعة فى حال الغيبة حيث قال فيها (فيجيئهم طسق ماكان فى أيديهم)) قبل ظهور الامام (ع) فيعلم من ذلك أنه لاخراج عليهم قبل المجىء وبعد التساقط يرجع الى اخبار التحليل .

القسم الثانى :أن تكون عامره بالاصالة كأطرف الشطرط وسواحل الانهار وبطون الاودية ورؤس الجبال والجزائر المعمورة بالاصالة وقلنا أن معنى

كونها عامرة بالاصالة هو كونها عامرة بلا عامر ،وقد عبر المصنف في ذلك بقوله عامرة بلا معمر ،والظاهر أنه لم يوجد استعمال المعمر فى التعمير بل استعمل أسم الفاعل منه عامر والمعمّر من العمر ، يقال لمن عمره كثير .

وهذا القسم أيضا لا شبهة فى كونه للامام(ع) وان لم يرد نصّ خاص على كونه للامام(ع) كما ورد فى القسم الاول ولكن يدل على ذلك طائفتين من الروايات الاولى الاخبار الدالة على ان مطلق الارض للامام (ع) و ليس للغير فيها الاحق الاختصاص بالتعمير والعمل ، بل في رواية سهل أن الارض لله و وقف للعباد فلاتكون ملكا لاحد ومن هنا ذكر فى بعض الروايات أنه ليس لاحد تعطيلها أزيد من ثلث سنين وقد ذكر جمع الى كون مطلق الارض ليست لاحد، بل للامام(ع) كصاحب البلغة والشيخ الطوسى على ما حكى عنه ،والمحقق الايروانى وغيرهم ،وانما الشيعة محللّون فى ذلك ، فاطلاق شامل لما نحن فيه أيضا ،وقد استشهدنا بها على عدم الخراج للشيعة ،واما غير الشيعة فلم يثبت لهم فيها تحليل .

الثانية :ما دّل على كون الارض التى لا رب لها من الانفال والانفال للامام(ع) كحسنة على بن ابراهيم ورواية العياشى عن أبى بصير ،فان ماكان عامرا بالاصالة من الارض فهى للامام عليه السلام .

نعم ،فى مرسلة على بن ابراهيم عن حماد ،عن بعض اصحابنا ، عن العبد الصالح تقييد الارض التى لا ربّ لها بكونها ميتة ولكن لا يدل ذلك على التقييد واختصاص الحسنة أيضا بالميتة أما اذا لم نقل بثبوت المفهوم للوصف كما لم نقل فواضح ،فان القيد التى بها للغالب فان القول بمفهوم الوصف من جهة أن لا يكون القيد لغوا واذ اعتذرنا عن عدم لغوية القيد بجملة مورد على الغالب فلايكون الوصف لغوا فلاينحصر عدم اللغوية باثبات

المفهوم فقط .

وأما بناء على القول بمفهوم الوصف كما مشى المصنف على هذا المبنى فأيضا لا يصلح للتقييد فانه أولا انما يوجب الاحتراز و التقييد دالا على المفهوم اذا لم يرد مورد الغالب كما فى المتن والاّ فلا مفهوم له كما فى قوله تعالى : ((وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهنّ)) فان كون الربائب فى الحجور من جهة الغلبة وثانيا أن حمل المطلق على المقيد انما فى مورد يكون بينهما التنافى كأعتق رقبة ولا تعتق رقبة كافرة و أما فيما ليس بينهما تناف فلاوجه للحمل كقوله الخمر حرام وكل مسكر حرام ، وهكذا ولكن هذا لا يجرى فى المقام لان معنى كلام المصنف على فرض كون القيد للاحتراز ومعه يكون التنافى بين المطلق والمقيد من الواضح بمكان ولكن الذى يسهل الخطب هو ماذكرناه من عدم المفهوم للوصف ، بل يمكن منع الغلبة فانه من أين احرز أن الغالب فى الارض التى لا رب لها هى الميته ، بل فى كثير النقاط ان الاراضى التى لا رب لها وليست ميتة كأراضى الجبل مازندران وغيرها كثيرة جدا ، واما ما فى تقرير شيخنا الاستاذ من الاستدلال بذلك بقولهم (ع) وكل ارض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للامام عليه السلام فليس برواية ولم نجده فى كتب الحديث .

والحاصل : أن ماكان عامرا بالاصل فهو للامام (ع) للاخبار الدالة على أن مطلق الارض للامام عليه السلام وللاخبار الدالة على أن كل ارض لا ربّ لها فهى للامام ، وما فى مرسلة الحماد من أن كل ارض ميتة لا ربّ لها فهى للامام ، لا يصلح لتقييد ذلك اذ القيد ورد مورد الغالب كقوله تعالى : ((و ربائبكم اللاتى فى حجوركم)) فلا مفهوم له ، فلا يكون للاحتراز .

ولكن لا وجه لذلك فانه من اين احرز أن القيد محمول على الغالب اذ

لا وجه للقول بان أكثر الارض التى لا رب لها ميتة مع أن أكثرها معمورة بلا شبهة ،كأراضى الهند وجبل مازندران وغيرهما مع أنه لا تنافى بين المطلق والمقيد فلا وجه لحمل أحدهما بالاخر الاّ أن يقال ان القيد اذا كان للاحتراز فيكون بينهما تناف فيحمل المطلق على المقيد والذى يسهل الخطب أنه لا مفهوم للوصف وعليه فلا يكون بينهما تناف فضلا عن حمل أحدهما بالاخر نظير كل مسكر حرام والخمر حرام واعتق رقبة واعتق رقبة مؤمنة ·

على أن رواية حماد مرسلة فليست قابلة لتقييد الحسنة التى دلّت على أن مطلق الارض التى لا ربّ لها فهى للامام عليه السلام هذا كله فى كونها للامام عليه السلام ·

ثم انه لا يختص حق الاولوية أو الملكية بالاحياء ،بل يعم العمل وجرى الانهار وتكثير الاشجار واصلاح بعض الخصوصيات وعليه فكل ارض معمورة بالاصل ،وضع عليه اليد وعمل فيها،فيجرى فيها الجهات المتقدمة فى القسم الاول من البحث،من أنه لا فرق فى ذلك بين الشيعة وغير الشيعة وبين المسلم وغير المسلم ،وفى أنه هل يحصل التملك بذلك أم لا ؟ وهل الخراج الثابت فيها لمطلق من وضع عليها اليد ولو كان العامل فيها هى الشيعة أو يختص بغير الشيعة ،وأما لو لم يكن فيها عمل فلا وجه لهذه الابحاث ، بل هى باقية على ملك الامام ،فلا يجوز لأحد أن يتصرّف فيها للأخبار الدالة على حرمة التصرف فى مال الغير الاّ باذنه ·

نعم ،فالشيعة بالخصوص محللون فيها للأخبار الدالة على أن كلما للامام فهو حلال للشيعة ،وقد تقدم أن ما فى بعض تلك الاخبار من التعبير بان مالنا فهو لشيعتنا فللام يفد الملكيّة قد تقدم جوابه ·

ثم الكلام يقع فى أنه هل تحصل الملكية لهذا القسم من الارض بالحيازة

والسبقة ووضع اليدعليها أم لا؟ وجهان ، الظاهر انها لا تكون ملكا لأحد بالحيازة ، واختار المصنف كونها ملكا بالحيازة وأستدل عليه بالنبوى المعروف من سبق الى ما لم يسبقه أحد فهو أولى به .

وفيه مضافا الى انه ضعيفة السند أنه لا دلالة فيه على الملكية ، فان غاية مايستفاد منه أن المحيز يكون أحقّ الى ماسبقه اليه فلاتحصل بذلك السبق ملكيّة للسابق الى تلك الاراضى .

وثانيا على تقدير أن المراد من الاولوية والآحقية هى الاولوية الملكيّة دون مجرّد حق الاختصاص فمانحن فيه خارج عن ذلك فانه فى مورد لا يكون ملكا لاحد ، بل من المباحات الاصلية فيكون السبق اليهاموجبا لحصول الملكيّة وكالاوقاف العامة من الخانات والرباط والمساجد ، فان السبق فيهايفيد حقّ الاختصاص .

وأما فى أملاك الغير فلايفيد السبق شيئا لاحق الاختصاص ولا الملكية والآلجاز لكل أحد أن يأخذ مال غيره ويتملكه بالسبق ويكون ذلك من جملة الاسباب والوسائل لأكل مال الناس ، فلايلتزم بهمتشرع ولا فرق فى ذلك بين مال الامام وغيره ، فانه أيضا لا يجوز التصرف فى مال الامام عليه السلام الآ باذنه ، و أما التمسك فى ذلك بقوله ((من حاز ملكا)) فلاوجه له لعدم كونه رواية ، وعلى فرض كونه رواية فانما هو فى المباحات الأصلية لافى أموال الناس .

وربما يقال بحصول الملكية هنا بقوله عليه السلام من استولى على شيء فهو له ، كالاستدلال به فى مطلق الحيازات .

وفيه أن هذا وان كان صحيحا من حيث السند ولكن لا دلالة فيهاعلى المطلوب اذ غاية مايستفاد منها أن الكبرى مسلم وأن أسبق والاستيلاءعلى شيء يوجب الملكية ولكن لا يثبت الصغرى وأن مال الامام عليه السلام يكون

ملكا لأحد بالسبق ، بل هو من هذه الجهة كأموال سائر الاشخاص فلايكون الاستيلاء عليه الآ غصبا لا مملكا .

على أن هذه الجملة المباركة مذكورة فى ذيل بعض الروايات الراجعة الى أن مات الزوج والزوجة ولم يعلم أيهما مقدم وأيهما مؤخر وكانت لكل منهما أموال مخلوطة بالاخر فقال عليه السلام من استولى على شئ فهو له بمعنى أن كل مايكون مختصا بالرجل فهو له ، وكل مايكون مختصا للمرأة فهو لها للاستيلاء واليد ، اذن فالرواية من أدلة اليد وانه طريق الى كشف الملكية وكاشف عنها لا أنها تدّل على كون الاستيلاء مملوكا .

وبعبارة أخرى أن الاستيلاء دليل الملكية وكاشف عنه لا أنه مملك كما لا يخفى ، فافهم .

اذن فلا يبقى دليل معتبر لاصل كون الحيازة مملكة فضلا عن دلالتها على المملكية فى أموال الغير ، الآ فى الموارد الخاصة التى ورد الدليل بالخصوص على افادة الحيازة الملكية كما فى الصيد ونحوه ، نعم السيرة القطعية العقلائية الممضاة للشرع قائمة على كون الحيازة مملكة ، بل هذا المعنى فطرى الحيوانات فانه بعد سبق حيوان على صيد و فريسة و أخذه فلا يزاحمه الاخر ، بل يرفع اليد عنه ، بخلافه قبل الأخذ فانهما يتسابقون فى الأخذ .

نعم ، يمكن الاستدلال على التملك بالحيازات لقوله عليه السلام فى ج ٣ الوسائل ، عين الدولة عن السكونى عن جعفر بن محمد عن آبائه عن على عليه السلام أنه سأله عن رجل أبصر طيرا فتبعه حتى وقع على شجرة فجاء رجل آخر فأخذه قال للعين مارأت ولليد ماأخذت ، فان قوله عليه السلام لليد ماأخذت أن ماحازه الانسان ملكه فمفاد ذلك نظير من حاز ملك يدل

على أن المحيز يملك كلما حازه، ولكنه ضعيفة السند للسكونى وأيضا لا يشمل المقام لماعرفت أنه لا يملك الانسان مال غيره بالحيازة والسبق وانما ذلك فى المباحات الاصلية .

وتحصّل من جميع ما ذكرناه أن الارض العامرة بالاصالة فهى للامام عليه السلام، فلاحظ الاخبار الدالة على كونها للامام والاخبار الدالة على الآحقية بالاحياء والعمل فلايملكه أحد بالحيازة الاّ أن يعمل فيها عملا بأن للعامل حق الاختصاص فقط، فيجب عليه الخراج أن كان غير شيعى فلايجوز لغير الشيعة أن يتصرف فيها، بل لوحازها غير الشيعة فلها أخذها من يده لكونه غاصبا فلايقاس ذلك بالموات بالأصل .

القسم الثالث: ماعرض له الحياة بعد الموت فهل تكون ملكا للمحيى أو لا ؟ وجهان، قد تقدم الكلام فيه فى القسم الاول، فان البحث فى القسم الاول كان فى الموات بالأصل وأنه يصير ملكا للمحيى أم لا ؟ وهذا القسم عين القسم الاول، غاية الأمر حصل فيه الاحياء الذى سبب الملكية أو سبب لحق الاختصاص، فالبحث عن ان المحيى يملك أو لا يملك، يغنى عن البحث عن ان الحياة فى الارض توجب الملكية أم لا ؟

فتحصل أن الأرض التى كانت عامرة بالاصل فهى للامام ولكن حللها للشيعة و من عمل فيها، بل فى بعض الروايات وقف للعباد وان كان ضعيفا لوجود سهل بن زياد فى طريقه وهى ليست ملكا لاحد ولا تملك بالحيازة وكذلك اشجارها لكونها تابعة للارض ومن نماءتها فلاينفك حكمها عنها .

نعم، يمكن دعوى السيرة القطعية على أن من حاز من اشجارها فملكها ولو كان المحيز من أهل الخلاف، بل من أهل الذمة من الكفار اذ لم نسمع الى الآن من ردع الحطابين من غير الشيعة عن شغلهم وأخذ الائمه و

غيرهم من المتشرعة الحطب من أهل الذمة اذا حازوها وجاؤا بها الى البلاد للبيع والشرى، بل يعاملون معها معاملة الملك ويشترونها منهم فلو كانت الحيازة فيها لا توجب الملكيّة وكانت الاخشاب والاحطاب باقية على ملك مالكها أعنى الامام (ع) لكانوا يعاملون معها معاملة مال الغير فهل يملك أحد ماأخذه من أرض الغير من الاشجار والاحطاب.

وبالجملة وان كانت الارض المعمورة بالأصل للامام(ع) ولا تكون ملكا لأحد بالحيازة وكانت نماءاتها تابعة لها حسب القاعدة ولكن نفكك بين الأرض ونمائها بالسيرة القطعية القائمة على ملكيّة المحيز بماحازمن اشجار تلك الارض واحطابها كما لا يخفى على المتأمل.

أقول: يمكن منع السيرة لوجهين، الاول: أن الائمة (ع) لمااقتدروا على الردع، والثانى: انه لم يكن فى حوال المدينة أو العراق التان فى تحت سلطنتهم فى زمان سلطتهم أرض تكون معمورة بالاصالةوجائوامنهاأشجارا وأحطابا حتى يعامل معها معاملة الملك بالحيازة كما لا يخفى.

أما القسم الرابع: من الارض فهى ماكان خرابا بعد العمارة و مواتا بعد ماكان محياة فهى على قسمين:ـ

الاول: ماباد عنها اهلها وصارت خربة لذلك وبانجلاء أهلها عنها. فقد ورد فى جملة من الروايات أنها للامام(ع) وهى خارجة عن موضوع بحثنا.

القسم الثانى: أن يكون خرابها مستندا الى التعطيل و الترك وجاء الثانى وعمرها وأجرى انهارها فهل يزول بذلك حق الاول؟ فيكون حق الاختصاص أو التملك للثانى أو لا يزول حقه مطلقا، أو يفصّل بين ما كان تملك الشخص الاول بالاحياء فيزول حقه أو بغير الاحياء من الهبةوالاشتراء ونحوها فلايزول حقه بذلك والقول بالتفصيل منقول عن العلامة فى التذكرة

بل فى الجواهر نقل الاجماع عنه على ذلك الاّ أن كلام العلامة خال عنه وليس فيه دعوى الاجماع ، بل ولم ينقل من أحد قبل العلامة ٠

وقد استدل على كون الثانى أحق من الاول بروايات الاحياء فان اطلاق الاخبار الدالة على أن من أحيى أرضا فهى له ، كون المحيى الثانى أحق ٠

وفيه أن تلك الاخبار باطلاقها دلّت على أن من احيى أرضا فهى له من غير تقييد بكونها للمحيى مادام الحياة أو مطلقا ولو بعد الخراب وعلى هذا فهى تدلّ على كون الاول أحق بها من الثانى اذ بعد كون الارض متعلقا لحق الغير أو كونها ملكا للغير فلاتكون مشمولة لأدلة الاحياء فان أدلة عدم جواز التصرف فى ملك الغير أوحقه حاكمة على أدلة الاحياء وجواز التصرف فى المباحات الاصلية ولا تعارض بينها والاّ فلزم ملاحظة التعارض بين أدلة حرمة التصرف فى مال الغير وبين عمومات أدلة صحة البيع وتجارة عن تراض ونحوها ٠

وبالجملة لا وجه للاستدلال فى المقام بأدلة الاحياء كما لا يخفى ، و العمدة فى المقام الاستدلال على ذلك بالاخبار الدالة على أن من أتى الارض الخربة فأحياها فهى له ، وقد ذكر ذلك فى جملة من الروايات ، و العمدة منها صحيحتان أحديهما صحيحة الكابلى فان فيها والارض كلّها لنا فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام (ع) من أهل بيتى وله ما أحل منها (فان تركها او أخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياها فهو أحق بها من الذى تركها) ٠

وثانيهما صحيحة ابن وهب فى ج ١٠ و فى ص ١٣١ فان فيها ((قال سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول أيما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها وجرى انهارها وعمرها فان عليه فيها الصدقة فان كانت أرضا لرجل قبله

فغاب عنها وتركها وأخرجها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله عز و جل ولمن عمّرها. فان مقتضى هاتين الصحيحتين ان الحق للثاني و اما الاول فسقط حقه بخراب الأرض وليس له فيها حق.

ولكن في المقام صحيحتان تدلان على عدم زوال حق الاول بذلك بل يجب على الثاني أن يعطي حق الأول من الأرض أحديهما صحيحة سليمان بن خالد في ج ٢ التهذيب ص ١٥٨ (قال سألت أباعبدالله (ع) عن الرجل يأتي الارض الخربة فيستخرجها ويجري انهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه قال: عليه الصدقة، قلت: فان كان يعرف صاحبها؟ قال: فليودّ اليه حقه) وثانيهما صحيحة الحلبي في ج ٢ التهذيب ص ١٧٣ وفيها (عن الرجل يأتي الأرض الخربة الميتة فيستخرجها ويجري انهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه فيها؟ قال: الصدقة، قلت: فان كان يعرف صاحبها؟ قال: فليرد اليه حقه) وهاتان الروايتان متحدتان من حيث المضمون والالفاظ، و قد يقع التعارض بين الطائفتين وحيث ان روايتي سليمان بن خالد والحلبي مطلق من حيث أن الملك كان مستندا بخصوص الاحياء أو كان مستندا الى غيره من الشرى والهبة ونحوهما بحيث يمكن ان تكون الخربة من الملك بالاحياء، أو الملك بالشراء، ورواية الكابلي دالة على ان الملك أو الاختصاص كان من جهة الاحياء فقط، وانما صارت الخربة عن الملك بالاحياء فتكون رواية الكابلي مقيدة لرواية سليمان بن خالد فتكون رواية ابن خالد مختصّة بخصوص التملك بغير الاحياء وحيث ان رواية ابن وهب كانت مطلقة من حيث أن الملك بالاحياء أو بغيره فتكون رواية سليمان بعد التقيد خاصة ورواية ابن وهب عامة بعد انقلاب النسبة فتكون رواية ابن وهب مقيدة برواية سليمان بن خالد فتصير النتيجة أن الأرض ألتي كانت مملوكة بالاحياء أو متعلقا لحق المحيي

بذلك فليس فيها حق لمن تركها اعنى المحيى الأول وأما لوكان المالك الاول مالكا بغير الاحياء كالشراء ونحوه وتركها أو أخربها وعمرها شخص آخر ، فلابدّ من أداء حقه لسبق حقه عليه وعليه فيثبت القول بالتفصيل المحكى عن العلامة .فربما ترمى رواية سليمان الى ضعيف السند تارة و الى الارسال أخرى .كما فى البلغة وحاشية بعض مشائخنا المحققين .اذ لا نعرف وجها لها بعد كونها صحيحة السند .فانه لا شائبة فى سندها بوجه وعلى تقدير كونها كك .فرواية الحلبى بعين ذلك المضمون والالفاظ فهى صحيحة و مع الغض عن جميع ذلك فلاوجه لتوهم انجبار ضعيفها بعمل المشهور اذ لم ينقل القول بالتفصيل الاّ عن العلامة وذكر الاجماع فى كلامه لعله سهو من قلم صاحب الجواهر على أنه لا نسلم أصل الانجبار كما لا يخفى .

وهذا الجمع بحسب الكبرى ،وان كان صحيحا كما ذكرناه فى التعادل والتراجيح ،وقلنا أن المناط فى باب التعارض هو تعارض الحجتين و لو بعد ملاحظة النسبة بين بعضها مع بعض الاخر ولا يقتصر النظر فيه الى التعارض البدوى .

ولكن يرد على هذا الجمع بالخصوص هنا امران :أحدهما : انه ان كان النظر فى الاراضى المملوكة بما كان مملوكا به مطلقا ،ولو كان الاحياء مبدء فى التملك .والاّ فالاسباب القريبة للتملك هو غير الاحياء فلا يبقى مورد لرواية سليمان بن خالد الاّ نادرا ،فيلزم حملها على المورد النادر فهو بعيد اذ قلما توجد من الاراضى أن لا ينتهى مبدء التملك فيها الى الاحياء فان أصل التملك فى أكثرها هو ذلك ،نعم قد يكون المبدء فيه هو قطع الارض من الائمة لشخص .

وبالجملة بعد تقييد رواية سليمان بن خالد برواية الكابلى فاختصت

رواية سليمان بالاراضى المملوكة بغير الاحياء واذا قلنا بان المراد من الاراضى المملوكة بالاحياء مطلق ماكان أصلها مملوكة بالاحياء ، فلم يبق مورد لرواية سليمان الآ نادرا فلا يمكن الالتزام بذلك ،وان كان النظر فى سببيه الاحياء أوغيره التملك الى السبب القريب دون السبب البعيد ، فحينئذ و ان كان المورد لرواية سليمان كثيرا ولكن لم يبق لرواية ابن وهب الآ قليل فان أكثر الاراضى لو لم يكن كلها انما هى مملوكة بغير الاحياء فعلا فاذا أخرجنا الأراضى المملوكة بغير الاحياء عن تحت رواية ابن وهب برواية سليمان ، وقلنا بانه لابدّ فى ذلك من ردّ حق المحيى الاول لكان الباقى تحت رواية ابن وهب الارض المملوكة بالاحياء الذى يكون سببا قريبا للتملك بحيث كان تملك المالك لها بالاحياء وصارت خربة عن التملك بالاحياء من دون تعلق البيع والشراء عليها ومثل ذلك لايوجد الآ قليل .

وبالجملة ان هذا الجمع انما استلزم لحمل أحدى الطائفتين على المورد النادر فهو غير مرضى كما لا يخفى.

الثانى : فهو العمدة هو أنا ذكرنا فى باب التعادل والتراجيح أنه اذا ورد مطلق أوعام ثم ورد خاصان أو مقيدان وكان بين الخاصتين عموم مطلق جاز تخصيص العام أو تقييد المطلق بكلا الخاصين الذين بينهما عموم مطلق لعدم التنافى بينهما مثلا اذا ورد أكرم العلماء ثم ورد لا تكرم العاصين منهم ، ثم ورد ولا تكرم المرتكب للكبائر فلا شبهة فى تخصيص العام بكل من الخاصين ، اذ لا تنافى بينهما بوجه ومقامنا من هذا القبيل ، فان روايتى سليمان بن خالد والحلبى عام من جهة أن الارض الخربة التى جائها المحيى الثانى أعم من ان تكون مملوكة بالاحياء أو بغير الاحياء ، فصارت خربة وأن كونها خربة أعم من ان تكون مستندة الى تركها و خرابها

كما فى روايتى الكابلى وابن وهب، أو كانت الخربة بالقهر والاضطرار كمنع الغاصب والجائر وجريان السيل واتيان المطر وعدم قدرته على الاشتغال و نحوها من الموانع بحيث لا يكون الخراب بالترك الاختيارى واخرابا من المحيى

ورواية ابن وهب وان كانت فى نفسها اعم من كون الملكية بالاحياء أو بغيرها لعدم فرض الاحياء فيها ولكنها أخص من رواية سليمان بن خالد لان الخراب فيها من الترك الاختيارى أو الخراب الاختيارى كما هو مقتضى عطف أخربها على تركها فى رواية الكابلى .

ورواية الكابلى مختصّة بخصوص التملك بالاحياء وان كانت من جهة الترك والخراب مساوية فتكون اخص من رواية ابن وهب، فمفاد كلا الخاصّين هو ان المحيى أحق بما أحياه من الارض الخربة سواء كانت مملوكة بالاحياء أو بغيرها ، وأنه لا حق للمحيى الاول فلا بعد فى ذلك فهو واضح بناء على عدم كون الاراضى مملوكة لاحد كما اخترناه للروايات الداله على أن الارض كلها للامام وان كان قد ورد لها تخصيص فى جملة من الموارد كالاملاك الشخصية والموارد المفتوحة عنوة وغير ذلك ، وان من وضع عليه اليد بالاحياء أو العمل لا يزيد الاّ حقّ الاختصاص والأولوية ، بل فى رواية سهل وان الارض كلها لله فهى وقف للعباد ولكنها ضعيفة ومن الواضح انه لا يجوز تعطيلها لان غرض الشارع عمارة الاراضى وانها ليست كسائر الاملاك كالكتب ونحوها حق يفعل مالكها فيها مايشاء ولو عطلها خمسين سنة ، بل فى بعض الروايات لا يجوز تعطيل الارض أزيد من ثلث سنوات فان طبع الارض تقتضى ان تعطل سنة أو سنتين أو ثلاث سنوات للتقوية واما اذا صار أكثر فيبتنى ذلك بالمسامحة وبتعطيل مال الامام وما هو وقف للعباد وقد ذهب الى عدم كون مطلق الاراضى ملكا لاحد جملة من الاعاظم كصاحب البلغة وغيره .

وبالجملة لا شبهة في أنه بناء على عدم كون الارض ملكا لاحد يكون أولوية المحيي الثاني بمكان من الوضوح لعدم لزوم التصرف في دليل حرمة التصرف في مال الغير.

وأما بناء على أن الارض تملك كما هو المشهور والمعروف، فكك أيضا فانه بمقتضى ما دّل على أولوية المحيي الثاني وكونه أحق بالأرض المحياة من المحيي الأول نلتزم بالتصرف في أدلة حرمة التصرّف في مال الغير الآباذنه فان اذن الشارع أسبق وشرط اللّه قبل شرطكم كما في رواية الطلاق من يب

وعلى كل حال نقيد بهما معا روايتي سليمان بن خالد والحلبي فتصير النتيجة أن المحيي الثاني أحق بالأرض فليس للأول مزاحمته لكونه كسائر الناس في ذلك ولاحق له في الارض الاّ أن يكون الخراب بنفسه أو لمنع الجائر والغاصب عن الاحياء أو لكثرة الماء وطغيان الشط عليه ونحوها فان في امثال ذلك فلايزول حق المحيي الاول ، بل هو أحق بالارض وان جائها الثاني فاحياها وعمّرها ، فليردّ الى الأول حقه وهذا هو القول الرابع في المسألة والظاهر لم يقل به أحد فيما نعلم.

الكلام في بيع الاراضي المفتوحة عنوة

ثم ان المصنف لما تكلّم في احكام الارضين تكلم في الاراضي المفتوحه عنوه لتكميل الأقسام ، فنقول أن الاراضي المملوكة للكفار على أقسام : الاول : أن تكون باقية على ملكهم فعلا فلا كلام لنا فيه.

الثاني : ان يسلموا طوعا ويدخلوا في الاسلام برغبتهم منهم أيضا ما لكون لارضهم و لا وجه لخروجها عن ملكهم فهذا أيضا خارج عن المقام.

الثالث: أن يموتوا ويتركوا أملاكهم ارثا ومنها اراضيهم فتكون أموالهم وكذلك أراضيهم ملكا للامام عليه السلام ،لانه لا وارث له غير الامام(ع) ، و هذا لا يختص بهم ،بل الأمر كذلك فى المسلمين أيضا ٠

الرابع: الارض التى انجلى عنها أهلها من غير حرب وهى من الأنفال فللّه ورسوله وبعده للامام(ع) ٠

الخامس :الارض التى اخذت من الكفار بالحرب والقهر والغلبة ، و بالخيل والركاب ،وهى تسمى بالاراضى المفتوحة عنوة ،وهى محلّ الكلام فى المقام ٠

وهنا قسم سادس : وهى الارض التى لم تتصف بشىء من الامور المذكورة ولم يجر عليها الخيل والركاب ،وانما أخذت من الكفار صلحا و صولحوا عليها من غير حرب كأرض الخيبر فانها أخذت من الكفار و اعطيت لهم ليعطوا الجزية أو بقيت على ملكهم وضربت الجزية عليهم و تسمى هذه بأرض الصلح وبأرض الخراج وفيما كانت ملكا للمسلمين فهى ملك لجميعهم من الموجودين والذين يكونون موجودا بعد ذلك وقلنا ان معنى كونها ملكا لهم هو صرف منافعها فى مصالحهم من تعمير القنطرة ونحوها واعطاء مقدار منها لبعض الفقهاء ،بل لولّى الامر أن يملك مقدارا من نفس رقبه الأرض لواحد من المسلمين ،بل للجائر ذلك اذا قلنا أن فعله معضى للشارع وقد تقدم الكلام فى ذلك ،وفى معنى الجائر فى المكاسب المحرمة وكيف كان فيقع الكلام فعلا فى جهتين : الاولى : أنه هل تملك تلك الاراضى وتجرى عليها آثار الملك و لو تبعا للاثار أم لا ؟

الثانية :أنه اذا قلنا بجواز تملكها فهل يجب الخراج فيها لمن بيده تلك الاراضى مطلقا أو يفرق بين الشيعة وغيرها ويلتزم بعدمه على الشيعه

أو بين العمال وغيرهم ويلتزم بعدمه في الاول دون الثاني أو بين من يحل له اخذه وأكله من المسلمين وبين غيرهم ، ويلتزم بعدمه في الاول دون الثاني وجوه :ــ

أما الكلام في الجهة الاولى :فان كان المشهور أن الاراضي المفتوحه عنوة تملك ولو تبعا للاثار الآ أنه لا نعرف لذلك وجها صحيحا فالظاهر من الاخبار انها لا تملك ،وانما هي ملك المسلمين ،وفي صحيحه الحلبي (قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته قال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن دخل في الاسلام بعد اليوم ،ولمن يخلق بعد، فقلنا : أنشتريه من الدهاقين؟ قال:لا يصلح الآ أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين فان شاء ولّي الأمر أن يأخذها اخذها) الى غير ذلك من الروايات الصريحة في أنها ملك للمسلمين فلا تملك بوجه ،وقد نقل المصنف جملة منها وما قيل انها تملك تبعا للآثار لا مدرك له بوجه ،بل في رواية أبي برده المسؤل فيها عن بيع أرض الخراج قال(ع) من يبيعها هي أرض المسلمين قلت يبيعها الذي هي في يده ،قال : يصنع بخراج المسلمين ماذا .. الخ فان الظاهر منها ومن غيرها أنها ليست ملكا لأحد والآ لكان بيعها جائزة وما ورد في بعض الروايات كرواية ابي بردة وغيرها من جواز بيعها لا تدل على جواز بيعها ،بل هي تدل على عدم جواز بيعها كيف فان قوله(ع) من يبيعها هي أرض المسلمين صريح في عدم جواز ،وقوله ثم قال : لا بأس ، اشترحقه منها ،ليس فيها دلالة على جواز البيع بل تدل على معنى ان بيعها قيام المشتري مقام البايع في الجهة التي كانت راجعة للبايع من استعمالها والانتفاع بها وأداء الخراج منها نظير بيع دكاكين الغير أي حق الاختصاص الثابت للجالس .

وبعبارة أخرى يسمى باصطلاح العلمى بحق الاختصاص ففى الحقيقة أن البايع يبيع حقه الاختصاصي فنفس هذا دليل يدل على عدم جواز بيعها.

وبالجملة لا يجوز تملك تلك الاراضى ولا بيعها ، بل يبيع الحق الاختصاص كما هو صريح الروايات ولا يفرق بين ذلك بين نفس الأرض وأجزائها .

وعليه فلا يجوز بيع أجزاء تلك الاراضى من الحص والآجر والكوزونحوها من أجزاء الارض واما قيام السيرة فسيأتى الكلام فيها ،نعم لو انفصلت الاجزاء عن الارض جاز بيعها كما اذا أخرجوا التراب من مكان بعد الاصلاح بحيث صار زائدا فيجوز اخذه والانتفاع به ،فانه للمسلمين والاخذ ايضا منهم ومن طرق الانتفاع به صرفه فى الكوز والأجر وبيعها .

ومن هنا يعلم أنه لا يجوز تأسيس المسجد فيها فانه يتوقف على وقف الأرض وفكه عن الملك ومن الواضح انها ليست ملكا لأحد حتى يوقفها المالك ويجعلها مسجدا .

تنبيه :أنه ذكر المصنف رواية اسماعيل بن الفضل الهاشمى عن رجل اشترى أرضا من أرض الخراج فبنى بها أو لم يبنى غير ان اناسا من أهل الذمة نزلوها له أن يأخذ منهم أجرة البيوت اذا أدوا جزية رؤسهم ،قال : يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال أخذها ومن المعلوم انها لا يرتبط بالمقام بوجه ،فان جواز أخذ أجرة البيوت بعد المشارطة أى ربط له الى عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكة فيها ،بل يمكن دعوى كونها مشعرة الى جواز بيعها حيث قرر قول السائل اشترى أرضا من أرض الخراج ولكن يمكن منع ذلك من جهة ان المراد بارض الخراج يمكن أن تكون أرض الصلح أو أن جهة الاشتراء يكن موردا للسؤال ،وأيضا ذكر فى المقام مرسلة

الحصاد فهى على ارسالها مشتمل على حكم لم يقل به أحد فيما نعلم و هو جواز أخذ العشر الذى هى الزكاة قبل القسمة ومن المعلوم أن وجوب اداء الزكاة مشروط بوصول حق كل من الشركاء الى حد النصاب، وبعد أخذ كل منهم أنصبائهم بلاحظ حقه مستقلا ،فان وصل الى حد النصاب يجب فيه الزكاة والآ فلا ٠

الجهة الثانية : الظاهر انه يجب الخراج على من كانت الأرض تحت يده لما تقدم من روايه ابى بردة قال عليه السلام : من يبيعها وهي أرض المسلمين يصنع بخراج المسلمين الى ان قال : ويحول حق المسلمين عليه أي على المشترى فيعلم من ذلك ان الخراج مما لا بدّ منه فيجب على كل من كانت الارض تحت يده على أن نفس كون الارض للمسلمين يقتضى وجوب الخراج مع قطع النظر عن الروايه فان الثابت جزما انما هو جواز التصرف فى تلك الاراضى واما التصرف من غير خراج وأجرة فلم يثبت فيكون حراما وتصرفا فى مال الغير بدون اذنه فهو غير جائز فلابد من ادائه الى الامام(ع) اذا أمكن والآ فللفقهاء ولمن ولىّ أمور المسلمين أو للجائر بناء على امضاء فعله من الامام(ع) ٠

وبالجملة مقتضى الادلة المطبقة على عدم جواز التصرف فى مال الغير هو عدم جواز التصرف شخص فى الاراضى المفتوحة عنوة والانتفاع بها و باجزائها بوجه ،ولكن ثبت بالقطع جواز أصل التصرف فيها و امابدون الاجره والخراج فلا ،فلابدّ للمتصرف ومن ينتفع بها من أداء خراجها ٠

ثم بقى هنا أمران الاول : أن السيرة القطعية وان قامت على جواز التصرف فى اراضى العراق وأرض الغرى والكربلا وبيع رقبتها وأجزائها و أخشابها من زماننا الى زمان المعصومين(ع) ولكن الكلام فى الصغرى وأن

أى أرض منها فمتوحة عنوة ولم يثبت كون الاجزاء أو الرقبة التى تباع من المفتوحة عنوة حتى لا يجوز التصرف فيها وبيعها والآ فلو ثبت كون أرض من الاراضى مفتوحة عنوة فلايجوز تملكها وبيعها الآ بالمعنى الذى ذكرناه.

ودعوى العلم الاجمالى بوجود الارض المفتوحة عنوة فى تلك الأراضى العراقية وحواليها وان كانت دعوى صحيحة الآ أنه لا يوجب التنجيز، فان جميع تلك الاراضى ليس محلا للابتلاء ليوجب تنجزّ التكليف، بل مقتضى العمل بدليل الحاكمه على الاصول أن نعامل مع تلك الأراضى معاملة الملكية كما لا يخفى.

وتوضيح الحال فى المقام وقدعرفت أن الاراض المنسوبه الى الكفار على اقسام :ـ

منها : ما بقيت على ملكهم من غير ان تخرج منه.

ومنها : ما بقيت على ملكهم بعد اسلامهم بالطوع.

ومنها : الاراضى الصلحية الخراجية وهى التى صولحوا بها لتبقى على ملكهم ويعطون الخراج عليها أو أخذت من ملكهم ولكن اعطيت لهم لاخذ الخراج.

ومنها : ان تكون مفتوحة عنوة والأرض المفتوحة عنوة تارة تكون معمورة حين الفتح وأخرى ميتا وماكانت معمورة بالاصل فهى ملك المسلمين، وأيضا أن جملة من تلك الأراضى قد ملكت بتمليك الامام وكثير منها ملكت بتملك السلطان الجائر خصوصا فى زمان العثمانيين ومع كثرة المحتملات وثبوت اليد على تلك الاراضى المقتضى للملكيّة فكيف يمكن اعراز أن الأرض الفلانيه عن المفتوحة عنوة حتى لا يجوز أخذها.

نعم، لوكان جميع تلك الاراضى التى تعلم بوجود الارض المفتوحه عنوه

بين تلك الأراضي يلزم الاجتناب عنها لكون العلم منجزا في هذه الصورة و هذا العلم الاجمالي بوجود الأرض المفتوحة عنوة كالعلم الاجمالي بوجود الوقف في جميع دور النجف والكربلا ، بل العراق ، والعلم الاجمالي بوجود مال الغصب فيها ، والعلم الاجمالي بمنع الارث عن بعض الوارثين خصوصا البنات فانهن يمنعن من الأرث كثيرا وتقسم اموالهم على غير الجهة المشروعة

فهل يتوهم أحد أن العلم الاجمالي في هذه الموارد يوجب تنجز العلم الاجمالي وكذلك العلم الاجمالي في المقام وما قيل من الجواب في هذه الموارد فهو الجواب هنا أيضا ، والاّ فليس للمقام خصوصية زائدة .

وبالجملة مركز الكلام هنا هو أنه لا بدّ في وجوب الاجتناب من الأرض لاجل كونها مفتوحة عنوة من احراز امرين الفتح عنوة وكونها معمورة حال الفتح والاّ فلا وجه للاجتناب عنها بوجه ، واما بعد ثبوت الفتح فلا مناص من عدم جواز التملك فيها ولا في أجزائها وأخشابها وأن مقتضى اليد في أراضي العراق ومايحتمل كون الارض المفتوحة عنوة فيها أمارة الملكية فلايرفع اليد عنها بالاحتمال فما يعتمد عليه هذان الامران احراز الفتح مع العمارة في عدم جواز التملك والعمل باليد في جواز البيع والشرى مع عدم الاحراز .

وعلى هذا فلاوجه للاشكال في بيع أراضي العراق ولا في أجزائها ، فان احتمال كونها من الاراضي المفتوحة عنوة احتمال بدوى لا يعتنى به .

(قوله : او بين ما عرض له الموت من الارض المحياة حال الفتح) .

أقول : ربما يقال بأن الاراضي التي كانت معمورة حال الفتح ثم ماتت وأحياها الاخر تكون ملكا للمحيي لعموم أدلة الاحياء ولخصوص رواية سليمان ابن خالد المتقدم ، فهي اجنبية عن المقام ، فانها واردة في الارض الخربة فهي غير المفتوحة عنوة ، ولذا قال (ع) وان كان يعرف صاحبها فيؤدي اليه

حقه ، والفتوحة عنوة ليست لأحد حتى يرد اليه حقه ، اذا عرف و لو كانتهنا رواية آخر فلم نجدها ·

واما عمومات أدلة الاحياء فقد تقدم الكلام فى آخر المكاسب المحرمه عند التكلم فى أن الاراضى المفتوحة عنوة تملك أو لا تملك عدم دلالتها على الملكية بالاحياء وكونها خارجة عن الاراضى المفتوحة عنوة لوجهين :—

الاول : أن الاحياء ليس من أسباب الملكية بوجه ، فان غاية ما يستفاد منها على ما تقدم هو حق الاختصاص والاولوية وأما الملكية فلا ·

وثانيا : أنها لا تشمل الاملاك الشخصية فاحيائها لا يوجب الملكية بناء على أن الاحياء من الاسباب المملكة فالأراضى المفتوحه عنوة بمقتضى الروايات المتقدمة ملك للمسلمين فلا ربط لادلة الاحياء لها فتكون أدلة حرمة التصرف فى مال الغير حاكمة عليها كما لا يخفى ·

وبالجملة لا تدل أدلة الاحياء أن الاراضى المفتوحة عنوه تملك بالاحياء، بل مقتضى حرمة التصرف فى مال الغير مانع عن ذلك ·

(قوله : وأعلم أنه ذكر الفاضلان وجمع ممن تأخر عنهما فى شروط العوضين بعد الملكيّة كونه طلقا) ·

أقول : ومن جملة شرائط العوضين ذكروا كون الملك طلقا يتفرع عليه أمور كثيرة التى تعلق بها ماخرج عن كون الملكية طلقا كالنذر و الخيار و اليمين والوقف وكون المبيع أم ولد وكالرهن الى غير ذلك مما يخرج المبيع عن كونه ملكا طلقا ، ولكن فرعوا على هذا الشرط أمور ثلاثة وتكلّموا فيها على وجه الاستقلال وهو الرهن والوقف وأم الولد ·

وذكر المصنف ان المراد بالطلق تمام السلطنة على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء ويكون مطلق العنان فى ذلك ولكن هذا

المعنى فى الحقيقة راجع الى كون الملك مما يستقل المالك بنقله ويكون نقله ماضيا فيه لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون اذن ذى الحق لمرجعه الى أن من شرط البيع أن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا وهذا لامحصل له فالظاهر أن هذا العنوان ليس فى نفسه شرطا ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأم الولد، بل الشرط فى الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصه وغيرها فما ثبت منعه عن تصرف كالنذر و الخيار ونحوهما وهذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق فمعنى الطلق أن يكون المالك مطلق العنان فى نقله غير محبوس عليه لاحد الحقوق التى ثبت منعها للمالك عن التصرف فى ملكه فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف لا تأسيس لشرط ليكون مابعده فرعا ، بل الامر فى الفرعية والاصالة بالعكس .

وقد اشكل عليه بأن المراد بالطلقية عبارة عن عدم قصور السلطنة و عدم كونه محجورا عن التصرف ، اما لقصور فى المقتضى كما اذا كان ملكه محدودا كالوقف الخاص فان الموقوف عليه فى هذا الوقف وان كان مالكا للعين الموقوفة على ما هو الحق كما أختاره المشهور الآ أنه لا يصح بيعه لهم لان بيع الموقت لا يصح فى الشرع واما لوجود المانع كالرهانه والجنايه و الاستيلاد ويتفرع على ذلك عدم جواز بيع الوقف ونحوه .

الظاهر أن ماذكره المصنف متين ، فان ماثبت من الموارد الخاصة من عدم جواز البيع للحقوق المتعلقه بها المانعة عن التصرف انما هى المانعة بذواتها ، فالتعبير بذلك العنوان المنتزع للاشارة الى ذكر الحقوق المانعه فان مايكون معتبرا فى نفوذ البيع السلطنة على البيع فما ذكره شيخنا الاستاذ من المراد بالطلقية عبارة عن عدم قصور السلطنة اما لقصور فى

المقتضى كالوقف، واما لوجود المانع كالرهانة.

لا وجه له . اما الاول ،فلأن بيع الوقف وان لم يجز الاّ أن عدم الجواز من جهة عدم السلطنة على البيع لعدم انتفاء تلك الحقوق المانعة لا أن الطلقية بذاتها شرط للبيع.

واما الثانى :فبناء على عدم جواز بيع العين المرهونة كما هو المشهور استنادا الى النبوى من أن الراهن والمرتهن ممنوعان عن التصرف ، فكك اذ المالك ليس له السلطنة على البيع من جهة تعلق حق المرتهن بالعين وعدم كون المالك مسلطا على البيع لعدم انتفاء ما هو شرط فى البيع لا أن الطلقية شرط فى الملكية.

وبالجمله هذا العنوان ليس له موضوعية بما هو فى نفسه وبذاته ليكون شرطا فى الملكيّة ، بل عنوان منتزع من الموارد الخاصة التى انتفى تلك الحقوق فيها على أنه سيأتى انه لا دليل على عدم جواز بيع الرهن ، و اما النبوى فضعيفة السند ،وغير منجزة بعمل المشهور.

وبالجملة أن الشرط فى البيع ما دل الدليل على عدم جواز بيعه كالوقف ونحوه على ما ذكره الفقهاء ، بل أنهاه بعضهم الى عشرين فهو بذاته مما لا يجوز بيعه لمنع الدليل عنه بالخصوص وعنوان الطلقية عنوان منتزع من تلك الموارد التى ورد الدليل بالخصوص على عدم جواز بيعه ومشير اليها والاّ فعنوان الطلقية ليس من الشروط ليكون الموارد المذكورة بعدها متفرعا عليه وانما الشرط نفس انتفاء تلك الامور التى ذكرت فى المقام وعد من شرائط العوضين فعدم وقوع التجارة عليها لاجل الأدّلة الخاصة وعدم جواز بيعها بذاتها فلا وجه لارجائها الى عنوان اشتراط الطلقية والقول بانتفائها فى تلك الموارد كما هو واضح.

الكلام فى بيع الوقف

قوله : مسألة :لا يجوز بيع الوقف اجماعا محققا فى الجملة ومحكيا ·

أقول : لا شبهة فى عدم جواز بيع الوقف فأن مقتضى كونه وقفا ايقاف الشيء وابقائه على حاله على النحو الذى أوقفه المالك وعدم جواز التصرف فيه على وجه ينافى الوقف فاذا أنشأ الواقف هذا المعنى الذى عرف فى النبوى المعروف يحبس الاصل وسبيل الثمرة وعرفه الاصحاب بقولهم تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة فينافى البيع مع مقتضاه فان مقتضى أوفوا بالعقود هو نفوذ التصرف فيه ببيع ونحوه من المعاملات فهما لا يجتمعان لكونهما متناقضان

الثانى : دلالة الروايات العامة والعمومات على ذلك وأن الوقف لا يجوز بيعه كقوله(ع) الوقف على حسب ما يوقفها اهلها ،وفى بعض النسخ يقفها أهلها فأن الوقف يستعمل لازما ومتعديّا من دون ان يتعدى بشيء ودلالة هذه الرواية على المقصود مما لا شبهة فيه ،فان الواقف يقف على أن تبقى العين وينتفع بمنافعها والروايه الشريفة يمضى ذلك وتدل على أن الوقف لا بدّ وأن يلاحظ فيه غرض الواقف حتى لو كان مشترطا فيه عدم البيع أصلا لكان متبعا بحسب مقتضى العموم ·

الثالث : قوله تعالى ((أوفوا بالعقود)) فأن ما أنشأه الواقف من الوقف مما تشمله الاية فيجب الوفاء به ،فالبيع مناف لذلك ·

الرابع :الروايات الخاصة فى خصوص بعض الأوقاف كروايه أبى على بن راشد قال :سألت أبا الحسن(ع) (قلت :جعلت فداك انى اشتريت ارضا الى جنب ضيعتى فلما عمرتها خبرت أنها وقف ،فقال :لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فى ملكك ادفعها الى ما أوقفت عليه ،قلت لا أعرف لها ربّا قال:

تصدق بغلتها) الظاهر أن المراد من الغلة ليست هي الحاصلة من زرع المشتري والاّ فهي لصاحب البذر في المغصوب وكيف في المقام الذي اشترى من غير علم بكونها وقفا ، بل المراد من الغلة مايحصل من الأرض بحسب طبعها من الخضر والاشجار والمنافع الاخر.

ومنها ماورد في حكاية وقف أميرالمؤمنين(ع) بعد التسمية هذا ما تصدق به على ابن أبي طالب وهو حي سوى تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السموات والارض الى غير ذلك من الروايات الكثيرة ، بل في بعضها لعنى رسول الله(ص) بايع الوقف وفي بعضها أن من أمن بالله وباليوم الآخر لا يبع الوقف واستدل بها المصنف على عدم جواز بيع الوقف مطلقا بدعوى أن قوله(ع) صدقة لا تباع و لا توهب ليس وصفا لخصوص شخص العين الموقوفة ، بل وصفا لنوع الصدقة التي في مقابل الانواع الاخر من الصدقات المستحبة أو الواجبة وهذا هو الظاهر من المفعول المطلق المساق للنوع، فان قوله(ع) صدقة مفعول مطلق كقولك جلست جلسة الامير، أي نوع جلوسه وهكذا في المقام أي نوع صدقة لا تباع ولا توهب ومن الواضح أن هذا الوصف وصف لنوع الوقف، وذكره هنا من جهة تطبيق الصغرى للكبرى لا أن الوصف وصف لخصوص الشخص الخاص الذي وقفه على بن أبي طالب (عليه السلام).

ثم استدل المصنف على عدم كون الوصف خارجيا معتبرا في الشخص بوجوه بعد استبعاده أولا أن سياق الاشتراط يقتضي تأخّره عن ركن العقد أعني الموقوف عليهم خصوصا مع كونه اشتراطا عليهم.

الثاني : أنه لوجاز البيع في بعض الاحيان كان اشتراط عدمه على الاطلاق فاسدا ، بل مفسدا لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد

كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه أو طرو الحاجة أو صيرورته ممّا لا ينتفع به أصلا .

الثالث : أن هذا التقييد مما لا بدّ منه على تقدير كون الصفة فصلا للنوع أو شرطا خارجيا مع احتمال علم الامام (ع) بعدم طروّ هذه الامور المبيحة وحينئذ يصح أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفه شرطا بخلاف ما لو جعل وصفا داخلا فى النوع فان العلم بعدم طروّ مسوّغات للبيع فى الشخص لا يغنى عن تقييد اطلاق الوصف فى النوع .

وهذه الوجوه التى ذكرها المصنف وان كان متينا وواردا على فرض كون الوصف شرطا خارجيا ومعتبرا فى الشخص ولكن الذى ينبغى ان يقال و يسهل الخطب هو أن الشرط ان رجع الى الجواز بان شرط عدم جواز البيع فى الوقف فهو أمر ممتنع لخروجه عن قدرته فان الجواز حكم شرعى ووضعه تحت يد الشارع كنزول المطر فلامعنى لشرط ما هو ليس فى قدرته على أن اشتراط عدم الجواز معناه ان لم يجز لم يجز بيعه لان مفهوم الوقف هو السكون فهو بنفسه يقتضى ذلك واشتراط الجواز أنه أن جاز فجاز ، وان كان الوصف وصفا لنفس الوقف فليس فيه مخالفة للمشروع بوجه ، فان للواقف أن يشترط فيه ما يشاء لكونه مالكا ومسلطا على ماله فجاز له أن يقف كيف يشاء حتى له أن يشترط عدم البيع ولو مع عروض ما يسوغ البيع من المسوغات كما لا يخفى .

ثم قال المصنف : (ومما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثه : حق الواقف حيث جعلها بمقتضى الوقف صدقة جارية ينتفع بها وحق البطون المتأخره عن بطن البايع السابق والتعبد الشرعى المكشوف عنه بالروايات ، فان الوقف متعلق لحق الله حيث يعتبر فيه التقرّب ويكون لله تعالى عمله و عليه عوضه) .

أقول : وليت شعرى أنه من أين ظهر مماذكره ان المانع هى الامور الثلاثة . بل لا وجه لها بحسب نفسها أيضا أما حق الواقف فبمجرّد وقفه تخرج العين الموقوفة عن ملكه وكون العين صدقة جارية ينتفع بها لا يقتضي أن تكون العين متعلقة لحق الواقف وأما حق البطون المتأخرة فمع عدم وجودهم كيف يتعلق حق لهم بالعين فان المعدوم قبل وجوده كما لا يكون مالكا كذلك لا يكون ذا حق مع أنه لوكان مانعا انما يمنع اذا بيع و صرف الثمن على الموجودين واما لو اشترى به مثله فلا يلزم منه هذا المحذور واما قوله (ع) الوقف على حسب مايوقفها أهلها . فلا يدل على ذلك فان معناه أن ما أنشأه الواقف من حسب المال فقد امضاه الشارع، واما حق الله فان كان المراد به ان المنع عن بيعه انما هو للتعبد الشرعى الواصل بواسطة سفرائه من الروايات المتقدمة فلا كلام لنا فيه . وان كان المراد من ذلك شيء آخر و اثبات حق له تعالى كالانفال ونحوها فلا دليل دل على ذلك كما لا يخفى .

(قوله : ثم ان جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف الى ان يباع).

أقول : وقد ذكرنا أن الوقف بحسب نفسه يقتضي السكون و الوقوف فأنشاء الوقف انشاء لسكون مال الوقف مقابل الحركة فمعنى السكون عدم عروض النقل والانتقال عليه ببيع ونحوه مقابل المتحرك الذى عبارة عن طرق مايقتضي الحركة عليه من البيع وغيره .

ثم ان جواز بيع الوقف تارة يكون بحيث يكون بدله وثمنه ملكا للبايع الموقوف عليه ويتصرف فيه كيف يشاء كتصرف الملاك فى أملاكهم .

وأخرى لا يكون ثمنه ملكا للبايع الموقوف بمعنى أن يقوم ثمنه مقام المثمن ويكون بدلا عليه ويترتب عليه جميع احكام المبدل وكيف كان فجوازه يحتاج الى دليل . واما جواز البيع بحيث يكون الثمن ملكا للمالك فبعيد فانه رفع اليد عن ملكه وجعله وقفا على الموقوف عليهم فلا مقتضي لرجوعه الى المالك ثانيا ،

هذا كله مما لا شبهة فيه .

ولكن وقع الكلام بين الشيخ وصاحب الجواهر تبعا للشيخ الكبيرفي أن جواز البيع يكشف عن بطلان الوقف بحيث انه بمجرّد جواز البيع يطرء عليه البطلان ، كما ذهب اليه الشيخ الكبير وتبعه صاحب الجواهر فذكره في هذا المقام أن الذي يقوى في النظر بعد امعانه أن الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه ، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من التضاد ، نعم اذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز بيعه ، قال بعض الاساطين في شرحه على القواعد حيث استدل على المنع عن بيع الوقف بعد النص والاجماع ، بل الضرورة بأن البيع وأضرابه ينافي حقيقة الوقف لاخذ الدوام فيه وأن نفي المعاوضات مأخوذ فيه ابتداء .

وبالجملة أن محصل كلامهما أن جواز البيع لا يجتمع مع الوقف فاذا جاز البيع بطل الوقف سواء تحقق البيع في الخارج أم لم يتحقق ، وقد خالف في ذلك شيخنا الانصاري وتبعه شيخنا الاستاذ .

وحاصل كلام المصنف أن الوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه ، فمعنى جواز بيع العين الموقوفة جواز ابطال وقفها الى بدل أولا أليه فان مدلول صيغة الوقف وان اخذ فيه والمنع عن المعاوضة عليه الا انه قد يعرض ما يجوز مخالفة هذا الانشاء الدوام ثم أيده بتنزيله منزلة الهبة وقال كما أن مقتضى العقد الجائز كالهبة تمليك المتهب المقتضي لتسلطه المنافي لجواز انتزاعه من يده و مع ذلك يجوز مخالفته وقطع سلطنته عنه بالبيع لا بجواز فقط

وبالجملة فكما أن مقتضى الهبة هو التمليك مع جواز استرداد العين الموهوبة وأنها لا تبطل بجواز البيع ، بل بالبيع الخارجي وكذلك الوقف فيبطل بالبيع في الموارد الخاصة التي ثبت جواز بيعه في تلك الموارد لا بمجرد عروض جواز البيع عليه ويؤيد ذلك ما ذكره المحقق الثاني من انه لا يجوز رهن

جائزا و تقدم نظير ذلك فى المعاطات وقال لا يجوز رهـن المأخوذ بالمعاطات لكونها معاملة جائزة والرهن وثيقة فلايتحقق الا بالملك الطلق .

ثم أشكل عليهما بانه ان اريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره وهو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين او عنها و عن بدلها حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذى يبيع فهذا لا محل له فضلا عن أن يحتاج الى نظر فضلا عن امعانه وان أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه حيث جعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف ففيه مع كونه خلاف الاجماع اذ لم يقل أحد ممن اجاز بيع الوقف فى بعض الموارد ببطلان الوقف وخروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه الى ملك الواقف أن المنع عن البيع ليس مأخوذا فى مفهومه ، بل هو فى غير المساجد وشبهها قسم من التمليك ولذا يطلق عليه الصدقة ويجوز ايجابه بلفظ تصدقت الا ان المالك له بطون متلاحقة فاذا جاز بيعه مع الابدال كان البايع وليّا عن جميع الملاّك فى ابدال مالهم بمال آخر ... الخ .

والذى ينبغى أن يقال فى توجيه كلام صاحب الجواهر وشيخه وجوه :

الاول : أن يكون معنى قولهم اذا جاز البيع بطل الوقف هو صيـرورة الوقف ملكا للواقف ورجوعه الى ملكه فهو بعيد ، فانه بعد خروجه عن ملكه فلا مقتضى لكونه مالكا له ثانيا .

الثانى : ان يخرج من الوقفية وصارت ملكا طلقا للموقوف عليهم بحيث لهم أن يفعلوا فيه ما شائوا من البيع والهبة والاعارة والاجارة كبقية أموالهم الشخصية وهذا أيضا لا مقتضى له فكلا القسمين لا يحتاج الى نظر فضلا عن احتياجهما الى امعان النظر .

الثالث : أن يكون الوقف باطلا من جهة بمعنى بطلانه من الجهة التى عرض له ما يجوّز البيع فقط لا من بقية الجهات ليصير ملكا طلقا للموقوف عليهم

أو يرجع الى ملك الواقف ومن الواضح أن هذا يحتاج الى امعان النظر فضلا عن النظر .

وعلى هذا ظهر الوجه فى عدم جواز رهن الوقف اذ لا يخرج الوقف عن الوقفية بجواز بيعه من جهة عروض مجوّز من مجوّزات البيع كما ظهر أنه لا وجه لقياسه بالهبة فان الهبة يجوز استرداده والوقف لا يجوز استرداده لانه عبارة عن الحبس والسكون مقابل الحركة فليس مفهومه الآ متقوّما بالايقاف و السكون وعدم توارد البيع والشراء والهبة والاجارة عليه بحيث يبقى طبقة بعد طبقة وجيلا بعد جيل ،وهذا بخلاف الهبة فانها ليست الآ تمليكا محضا .

ثم انه لا ثمرة لهذا البحث بعد التسالم على حرمة البيع الوقف قبل عروض المجوّز وعلى جواز البيع بعد عروض المجوّز ثم دوامه بدوام المجوز وارتفاعه بارتفاع المجوّز .

ثم اذا طرء على الوقف جواز البيع ولم يبع فى الخارج الى أن زال المانع فهل يزول الجواز أو يبقى على حاله فربما يقال ببقاء الجواز استصحابا لحكم المخصصّ كما فى حاشية الايروانى فان المقام من موارد دوران الأمر بين العمل بحكم المخصص والعمل بالعام بعد انقطاع عمومه فحيث انقطع عمومه فى زمان فلا يبقى مجال للتمسك به ،فى الزمن الثانى لعدم المقتضى ، بل نستصحب حكم المخصص اعنى جواز البيع .

ولكن الظاهر هو العمل بالعام فى غير حالة التخصيص خصوصا اذا كان العموم استغراقيا لما قلنا فى محله انه بعد تخصيص العام يتمسك به فى مورد التخصيص وتوضيح ذلك ان للوقف هنا ثلاثة حالات حالة قبل عروض الحالة الموجبة للبيع والمسوغة له وحالة عند عروض المسوّغ و حالة بعد عروض المسوّغ وذكرنا فى محله ايضا انه كما أن للعام عموم افرادى عرضى وكك له عموم

ازمانى سواء كان الحكم واحد أو متعددا منحلا الى احكام عديدة ·

وعلى هذا فمقتضى العمومات الدالة على عدم جواز بيع الوقف انما تدل على عدم جوازه فى جميع الحالات بحسب العرض والطول ، فقد خرج من تحتها صورة عروض الحالة المسوغة للبيع فيبقى الباقى تحت العموم و هذا واضح بناء على أن جواز البيع لا يوجب بطلانه ، بل يسوغ البيع فقط والآ فالوقف باق على حاله ·

وأما بناء على مسلك صاحب الجواهر فكك أيضا لما عرفت أن قوله بالبطلان ليس معناه رجوع الوقف الى الواقف أو صيرورته ملكا طلقا للموقوف عليهم لما عرفت من بعد كلا المعنيين وعدم المقتضى لهما فى البين ، بل معناه هو البطلان من جهة خاصة اعنى الجهة التى أوجبت بيع الوقف و سوغ المعاملة عليها وأما بقية الجهات فمحفوظة على حالها وهو الذى كان محتاجا الى النظر ، بل الى امعان النظر ·

وعليه فالتمسك بالعموم فى غير المقدار الذى ثبت فيه التخصيص من الوضوح بمكان ، بل الامر كك حتى على المعنى الاول والثانى فان جواز بيع الوقف وان أوجب بطلانه سواء كان بالعود الى الواقف أو بصيرورته ملكا طلقا للموقوف عليهم ولكن الفرض أن الابطال ليس مستمرا الى الأبد ، بل انما كان عموم العام قبل ذلك شاملا لما بعد هذه الحالة التى بطل فيها الوقف وعليه فتمسك بالعموم فى الغير المورد الذى نقطع بخروج الخاص و نعمل بالعموم فتحكم بمقتضاه على ثبوت الوقفية بعد البطلان أيضا فيكون العام مقتضيا لذلك فيحكم بالوقف الى الابد الى ان يرث الله الارض ومن فيها ·

(قوله : اذا عرفت ان مقتضى العمومات فى الوقف عدم جواز البيع) ·

أقول : بعد ماحكم المصنف أن مجرد محروض جواز البيع على الوقف لا

يوجب البطلان ، بل لا بد من وقوع البيع فى الخارج فتعرض الى أن الوقف بحسب نفسه والاصل الاولى لا يجوز بيعه ، بل لا بدّ من البقاء و هو واضح لماعرفت أن مفهوم الوقف عبارة عن السكون فلابدّ وان يكون واقفا وساكتا ٠

ثم يقع الكلام هنا فى جهتين :الاولى :فى الخروج عن مقتضى ذلك الاصل ، بحسب الموضوع بمعنى أن أى وقف يجوز بيعه وأى وقف لا يجوزبيعه

والجهة الثانية :فى الخروج عنه بحسب الحكم بمعنى أن المسوّغ لبيع الوقف أى شىء مع قطع النظرعن أن أى وقف يجوز بيعه وأى وقف لا يجوز بيعه وقد حصره بعضهم بواحد وهو وقوع الخلف بين الموقوف عليهم وبعضهم بثلاثة وبعضهم بخمسة الى غير ذلك من الاختلافات٠

أما الجهة الاولى :فوقع الخلاف فى ذلك بين الاصحاب كثيرا ،فذهب بعضهم الى عدم جواز البيع وعدم الخروج من عموم المنع اصلا ،وهوالظاهر من كلام الحلى والشهيد ،فان ظاهر قول الشهيد أن سد الباب وهونادر مع قوته هو اختياره ذلك وذهب بعضهم الى الجواز مطلقا ٠

وفصل بعضهم بين المؤبد والمنقطع وليس المراد من المنقطع ما اذا كان الوقف الى سنة أو الى سنتين ، بل معناه أن الوقف انما هو على طائفة خاصه من غير تقيد بزمان خاص والاّ فيكون حبسا الذى عباره عن حبس العين مع كونها باقية على الملك وتسبيل المنفعة ،ولكن حيث انه لطائفة خاصة ينقرض كثيرا بانقراضهم فيسمى لكبالوقف المنقطع الاخر وهذا بخلاف المؤبد فان معناه أن الوقف لطائفة خاصة كأهل العلم من الشيعة فى النجف مثلا كما وقفوا قريه فى كرمان شاه كك ومع عدمهم لمطلق اهل العلم ومع عدمهم العياذ بالله لفقراء الشيعة ومع عدمهم لاغنياء الشيعة و هكذا فمثل هذا الوقف لا ينقطع آخر بل يستمر ويدوم الى الابد ويبقى طبقة بعد

طبقة وجيلا بعد جيل.

وبالجملة التزموا بجواز البيع المنقطع دون المؤبد.

وفصّل بعضهم بقولهم بعكس ذلك، أى بجواز البيع فى المؤبد وبعدمه فى المنقطع ولعل نظره الى ان المنقطع ينقطع بنفسه بخلاف المؤبد.

وفصل بعضهم بين أصل الوقف حيث قال بعدم الجواز وبين اجزائه وآلاته التى انحصر طريق الانتفاع بالبيع فقط، كحصر المسجد وجدوعه و بعض الاته التى سقط عن الانتفاع به فى هذا المسجد بنحو من الانحاء و هو المحكى عن الاسكافى وفخرالاسلام، ويمكن التفصيل بين مايكون الوقف تحريرا كالمساجد ونحوها وبين سائر الاوقاف، ويلتزم بعدم جواز البيع فى الاول دون الثانى، الاّ انه ليس تفصيلا فى الحقيقة لان المساجد خارج عن مورد البحث، فان الظاهر ان مورد البحث ماعتبر فيه التمليك و المساجد تحرير وعليه فما سيأتى من المصنف من التفصيل بين المساجد وغيره، تنبيه على اصل المطلب لا تفصيل فى الوقف بين جوازالبيع فى قسم وعدمه فى آخر والكلام فعلا يقع فى جواز بيع الوقف المؤبد.

فى الجملة وبعد ما نقل المصنف كلمات الاصحاب فصّل فى الوقف المؤبد، بينما يكون ملكا للموقوف عليهم وبينما لا يكون ملكا لاحد، بل يكون فك ملك نظير تحرير كالمساجد والمدراس والربات والخانات وان كان فى الحقيقة ليس تفصيلا كماعرفت بناء على عدم دخولها فى ملك المسلمين فان الموقوف عليهم انما يملكون الانتفاع دون المنفعة وقال المصنف ان محل الخلاف هو القسم الاول، اى مايكون الوقف تمليكا وأما القسم الثانى فالظاهر عدم الخلاف فى عدم جواز بيعه لعدم الملك وعلى هذا فلو خربت القريه و انقطعت المارة عن الطريق الذى فيه المسجد لم يجز بيعه وصرف ثمنه فى

احداث مسجد آخر أو تعميره أو صرفه فى مصالح المسلمين .

نعم يجوز الانتفاع بها بالزرع والغرس مع ملاحظة الاداب بعدم التنجيس والهتك كما جاز الانتفاع به قبل الخراب بالجلوس و النوم و سائر الاشغال من المباحث وغيرها اذا لم تزاحم المسجدية ، نعم يحتمل جواز اجارتها و صرف الاجرة فى مصالح المسلمين .

ولكن الظاهر أنه لافرق بين البيع والاجارة فانه بعد خروجها عن الملكية لاحد وحرمة كما لا يجوز بيعه وتمليكه وكذ لا يجوز ايجاره .

ثم ان المراد من عدم جواز التصرف فيها تصرفا مالكيا خصوص الحرمه التكليفية والاّ فلايترتب عليه ضمان بوجه ولذا لو سكن فيها احد أو اشتغل ما لا شغال المنافية للمسجدية فليس عليه ضمان .

وبالجملة ان كان الوقف تمليكا ولوكان للنوع فهو محل الكلام فى المقام وان كان تحريرا وفك ملك فهو لا يجوز بيعه بوجه لعدم كونه ملكا لاحد حتى يجوز بيعه ويباشره أحد الملاك وكالة أو الحاكم ولاية ، بل يبقى على حالها الى ان يرث الله الارض ومن فيها ، نعم يجوز الانتفاع بها ما لا يزاحم المسجدية وان تصرف فيها بما يزاحم المسجدية فعل فعلا محرما فلاضمان بالاجرة لان الغرض انه ليس بملك لا للخاص ولا للعام كما لا يخفى انتهى الكلام الى تفصيل المصنف بين مايكون الوقف تمليكا وبين مايكون تحريرا .

وتحقيق الكلام هنا ان مايكون تحريرا كالمساجد فان المتيقن من التحرير هو المسجد ، فالظاهر أنه لا يجوز بيعه فان حقيقة البيع على ماعرفت عبارة عن المبادلة بين الشيئين فى جهة الاضافة الى المالك بحيث يكون كل واحد من الشيئين مضافا الى شخص فيتبدل كل من الاضافتين بتبديل المالين ومن البديهى ان المساجد غير مضافة الى أحد باضافة الحقيقة أو باضافه الملكيّة ومع انتفاء الاضافة كيف يسوّغ البيع أو التجارة عن تراض أو بقيه

المعاملات لما عرفت مفصّلا أنه لا بيع الآ فى ملك، ولا بيع الآ فيما يملك ولذا قلنا ان كل ماليس داخلا تحت الملك كالطير فى الهوى والمباحات الاصليّة قبل الحيازة لا يجوز بيعه.

وتوهم أن المساجد ايضا نحو من التمليك للمسلمين كما ان الزكاة ملك للفقراء والاصناف الأخر أو نفرض مسجدا يملكه المالك للمسلمين وقفا.

توهم فاسد فان المساجد من قبيل التحرير كالعبد المعتق و أنها للّه لا بمعنى كونها ملكا له ومضافا اليه ليتوهم جواز بيعها من جهة تلك الاضافة المصححة للبيع، بل بمعنى كونها معبدا للمسلمين ليعبد فيها اللّه تعالى ويتقرب به فيها ولعل الى هذا المعنى ينظر قوله تعالى ((و ان المساجد للّه)) بل هو المحتمل القريب من سائر المعانى وهذا هو المستفاد من بعض الروايات فلا يقاس ذلك بالزكاة فان الجهة فيها مالك بخلافه فى المساجد فانه ليس فيها جهة اضافة حقا او ملكا فلايصح بيعها بوجه.

وأما الوقف بمعني التمليك للمسلين، بان يجعل مكانا خاصا مسجدا بعنوان التمليك لا التحرير فخارج عن الفرض فانه لا يكون مسجدا ومتمحضا للّه، بل يكون مثل الحسينيات ونحوها.

وبالجملة أن من الضرورى أن المساجد ليس الآ تحريرا وفكا للملك لا تمليكا وعليه فلايكون بيعه جائزا لعدم وجود الاضافة فيها الى أحد ولو الى الجهة كالزكاة بحيث يباع المسجد ويكون بدله قائما مقامه فى تلك الجهة فهذا قسم من الوقف العام.

ومن هنا ظهر مافى كلام كاشف الغطاء حيث ذكر جواز اجارة المسجد الذى خربت القرية وانقطعت المارة عنه وخرب وذلك فان صحة الاجارة تتوقف على كونه مضافا الى شخص لتكون الأجرة داخلة تحت ملكه وقد عرفت أن

باق على وسعته فانه لا يلزم فى الثالث توفية المسجد ليس مضافا الى شخص.

نعم، يصح الزّرع والغرس فيه والانتفاع به بغيرهما مع ملاحظة الآداب كما هو واضح.

الثاني: أن يكون وقفا للذرية بحيث يوقف أرضا خاصا لهم لتكون منفعته لهم طبقة بعد طبقة وجيلا بعد جيل فلا شبهة أن هذا القسم من الوقف تحبيس وتمليك أما كونه تحبيسا فلان الوقف على ما فسروا تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة وقد جعل الواقف ذلك الوقف كك كما لا يخفى.

واما كونه تمليكا لهم فلمقتضاء السيرة القطعية العقلائية على ذلك فانه لا يشك أحد فى انه اذا ثبت فى ذلك مايوجب الضمان على شئ يكون ذلك الشئ لهم ولو غصبه غاصب لوجب عليه رده الى الذرية بمقتضى اليد والسيرة ومن المعلوم أنه لو لم يكن هنا تمليك لكان الحكم فيها مثل المساجد من غير ان يوجب الاشغال والغاصب الضمان على الاجرة فلازم هذه السيرة هى الملكية على أن مقتضى الوقف على الذرية يقتضى ذلك بمقتضى مفهوم الوقف فانه لوكان ذلك مجرد التحبيس لكان المناسب أن يقول الواقف وقفت لهم بحيث يكون لهم لا عليهم وهذا بخلاف التمليك فان الواقف يملك العين الموقوفة لهم ولكن يضيّق دائرة السلطنة على الموقوف عليهم ولا يجعلونهم مطلقا فى العين الموقوفة لتكون سلطنتهم سلطنة مطلقة وسلطنة لهم، بل يضيّق دائرة السلطنة عليهم بالشرط فى ضمن الوقف وبنفسه نظير الشرط الخارجى بحيث يكون الموقوف عليهم مالكا للمنفعة فقط بملكية مطلقه وأما العين فليس لهم عليها مالكية الاّ من جهة ان تكون المنفعه لهم وأما يفعلون للعين الموقوفة بما شائوا فلا واذن فتكون السلطنة عليهم لا لهم و لذا قال الواقف عند الوقف وقفت عليهم.

وبالجملة مقتضى تلك العبارة هى التمليك فانه لوكان الغرض هو التحبيس لقال وقفت لهم لا عليهم ،فان من الواضح انه اذا كان الشخص مالكا لشئ ولم تكن سلطنة مطلقة تكون السلطنة عليهم لا لهم كما هوواضح ·

والحاصل :أنا نستفيد كون الوقف على الذرية تمليكا لا تحبيسامن نفس عبارة الواقف عند الوقف لكونها ظاهرة فى التمليك باعتبار التعبير بعلى الظاهرة فى تضييق دائرة السلطنة بمقتضى الشرط بمجرد الوقف نظير تضييق الدائرة للسلطنة بالشروط الخارجية ·

واما جواز بيعه ،فالظاهر أنه مما لا اشكال فيه كما سيأتى فان المانع الذى كان فى التحرير غير موجود هنا كما لا يخفى ،فان الاضافة المالكية موجودة وتصرف الموقوف عليهم متعذر لغرض عروض الجهة المجوزة للبيع و ليس فى البين ما يمنع عن التصرف كأدلة حرمة التصرف فى مال الغيرفتكون اصالة الاباحة محكمة ·

الثالث :ان يكون وقفا عاما كالوقف على العلماء والسادات و طلاب المدارس والزوار والفقراء ونحوها من الجهات العامة وهو على قسمين :ـ

الاول) ان يكون وقفا للكلى كالوقف على العلماء والطلاب كوقف الحمامات والدكاكين والاملاك لهم لتكون منافعها ملكا طلقا لهم بحيث يكون حبس الاصل وتسبيل الثمرة لهم بحيث تكون المنفعة لهم ويملكون منافعها وتقسم عليهم كما فى القسم الثانى نظير اوقاف على العلماء وطلاب المدارس ،فان غلتها تقسم عليهم ويملكون نفس المنفعة ولا يلزم توفية جميع الاقسام هنا كما يلزم فى الوقف على الذرية ،وغاية الامر أن الفرق بينهما من جهة أن دائرة الوقف فى القسم الثانى تضييق وتوسع بكثرة الموقوف عليهم وقلتهم بحيث اذا كثروا فتوسع دائرة القسمة واذا قلوا فتضيق دائرته واما فى القسم الثالث فهى

القسمة على جميع السهام والموقوف عليهم ، بل يجوز الاعطاء لواحد ، الاختصاص به لان الوقف لجهة وهى متحقق بواحد لصدق الجهة و تحقق الاعطاء لأهل العلم ،وهذا بخلافه فى القسم الثانى ،فانه لا بدّ فيه من ملاحظة جميع الموقوف عليهم وتوفية القسمة لهم قلّوا أو كثروا و من ذلك يختلف القسمة سعة وضيقا باختلاف الموقوف عليهم كثرة و قلة وأنه لا بدّ من اعطاء كلهم قسمة حقيقة حتى لو مات أحدهم بعدحصول الغلة فتنقل الى وارثه وهذا بخلافه فى القسم الثالث.

ثم ان هذا القسم من الوقف ايضا تمليك لعين ماتقدم فى القسم الثانى من اقتضاء نفس مفهوم الوقف، ذلك وأنه لو غصبه غاصب يحكم بضمانه بخلاف التحرير وأن السيرة العقلائية تقتضى ان يعامل مع مثل تلك الاوقاف معامله الملكيّة لقيامها على الضمان ووجوب الرد على النحو المأخوذ فبالملازمة تدل على الملكية غاية الامر ملكا للجهة نظير الزكاة والصدقات ونحوهما والظاهر أنه لا شبهة فى جواز بيع هذا القسم أيضا مع عروض الجهة المجوّزة للبيع فانه مع وجود المقتضى له وشمول عمومات صحة البيع عليه وعدم وجود المانع عنه فلاشبهة فى ذلك فانا نشك فى صحة المعاملة عليها مع تعذر استعماله فما اعد له ووقف عليه فنتمسك باصالة الاباحة وقوله(ع) الوقف على حسب ما يوقفها اهلها ناظر الى حفظ جهة الوقف مع الامكان لا مع التعذر.

الثانى) ان يكون وقفا على الجهة العامة من دون ان يكون الموقوف عليهم مالكا على المنفعة، بل مالكا على الانتفاع كما ربما يعتبر تملك الانتفاع بمعنى أن الوقف على تلك الجهة كما أنه ملك لهم مضيقا فكذلك ملكهم بالمنفعة أيضا مضيق بمعنى أنهم مالكون بمنفعة خاصة أى السكن مثلا والاّ فلامعنى للملك على الانتفاع اذ لا معنى لمالكية الانسان على فعله بخلافه فى القسم

المتقدم فانهم مالكون بالمنفعة مطلقا وملكا طلقا بحيث لهم بيع تلك المنفعة وهبتها واذا ماتوا تنتقل الى وارثهم وان كان أصل الوقف ليس ملكا طلقا لهم وهذا بخلافه فى هذا القسم، فان الموقوف عليهم يملكون المنفعة الخاصه ملكا مضيقا كالسكنى مثلا من غير أن يجوز لهم بيعها واذا ماتوا تنتقل تلك المنفعة الى الوارث، ومن هنا لو غصبه غاصب يضمن الاجرة للجهة لا لخصوص الساكن فى ذلك، وهذا القسم كالمدارس والربط والخانات و نحوها و الظاهر أن هذا ايضا تمليك للجهة العامة للوجوه المتقدمة و السيرة العقلائية هنا اوضح من السيرة فى القسمين المتقدمين، فان هذا القسم من الاوقاف كان موجودا فى الزمن الجاهلية ايضا وقفا على طبق مسلكهم فانها قائمة على ضمان الغاصب فبالملازمة تدلّ على الملكية ومما ذكرنا ظهر ما فى كلام المصنف من عطف الرباط والخانات والقناط على المساجد فانه فرق واضح بينهما اذ الوقف فى المساجد تحرير فلايجوز بيعه بوجه كماعرفت ولكن الوقف للرباط والخانات والمدارس ليس تحريرا، بل تمليك للجهة العامة نيجوز بيعها فكم فرق بينهما.

وأما المشاهد فهل هى مثل المساجد أو كأوقاف العامة ويقع البحث فيها فى جهتين: الاول) فى ارضها، والثانية) فى الالات التى توقف عليها من السّراج والقناديل والذهب والفضة والفرش ونحوها.

اما الكلام فى أرضا: فالظاهر أنها ملحقة بالمساجد وليست ملكا لأحد بل تحرير محض ومن هنا الحقوها بالمساجد فى جميع الاحكام الشرعيه و عليه فلايصح بيعها بوجه، بل يعامل معها معاملة المساجد.

والحاصل: أن الوقف على أنحاء منها ان يكون تحريرا كالمساجد و المشاهد المشرفة فانها للّه ووقفوها لان تكون معابد للمسلمين من غير أن

تكون ملكا لأحد، أو لجهة كما أن البيع والكنائس معابد لليهود والنصارى، من غير أن تكون ملكا لأحد، وعليه فلايجوز بيعها كما عرفت، واما الوقف للصلاة مثلا فليس بمسجد كما تقدم، وأما لا يكون الوقف تحريرا فيكون تمليكا سواء كان وقفا على الذرية أو وقفا على الكلى كوقف الحمامات والدكاكين ونحوهما على الكلى كالعلماء والصلحاء والفقراء والزوار ونحوهم من العناوين الكليه بحيث تكون المنفعة ملكا طلقا لهم أو وقفا على الجهة كالرباط والخانات والقناطر ونحوها فانها وقف على الجهة لينتفعوا منها فقط بحيث كما ان ملكهم على الوقف مضيق فكك ملكهم على المنفعة ايضا مضيق وربما يعبر عن ذلك بملك الانتفاع ولكنه لا معنى له، والوجه في كونه تمليكا هو قيام السيرة العقلائيه على ضمان الغاصب لهذه الاوقاف بخلاف المساجد فبالملازمة نكشف كونه تمليكا وهذا لا شبهة فى جواز بيعها مع عروض المسوّغ لها كما سيأتى فى مسوغات بيع الوقف.

ثم ان هنا قسما آخر من الوقف فيكون به الاقسام خمسة و هو الوقف على الوقف نظير الاوقاف على المساجد والمشاهد والمدارس كما جرت السيرة على وقف الدكاكين و الحمامات والعقار على المدارس والمساجد و المعابد والظاهر أنها تمليك عليها وان كانت نفس المساجد غير مملوكة و ذلك فان قوام الملكيّة انما هو بالاضافة بين المالك والمملوك فتلك الاضافه خفيفة المؤنه فكما يمكن اعتبار الملكية للاحياء والأموات من ذوى الشعور والعقول، فكك يمكن اعتبارها الغير ذوى الشعور أيضا من الجمادات كما يمكن اعتبارها للكلى واعتبار الكلى ملكا للشخص مع الاضافة الى الذمة على ما تقدم.

وبالجملة أن اعتبار الكلى لغير ذوى الشعور من الاشخاص الجماديه ليس أخف من اعتبارها للكلى واعتبار الكلى ملكا لذوى الشعور كما هو واضح،

بل هذا المعنى موجود فى بناء العقلاء ايضا مع قطع النظر عن الشرع فان فى بنائهم اعتبار الملكية على غير ذوى الشعور .

وعليه فآلات المسجد واسبابه لا تلحق بالمسجد فى الحكم بجواز البيع فان نفس المسجد ليس ملكا لأحد كما عرفت وهذا بخلاف الالات فانها تمليك للمسجد فيجوز بيعها اذا عرض لها ما يسوغ البيع ولا يبعد . بل من القريب أن من هذا القبيل الموقوفات التى وقفت على المشاهد المشرفة من القناديل والسّراج ونحوهما فانها تمليك لها لينتفع بها فيها بالمنافع التى أعدت لها ولو كانت هى التزين وتعظيم الشعائر فانه لا يترتب فائدة على القناديل المعلقة من المشاهد والجواهر المعلقة مع كونها باغلى القيم واعلاها الآ التزيين والتعظيم فلا يجوز بيع شىء منها الآ بعروض مجوّز فليس حكمها حكم المشاهد . فانك عرفت أنها ليست ملكا لاحد . بل هى تحرير كالاماء والعبيد اذا اعتقوا وهذا بخلاف هذه الامور فانها تمليك للمشاهد فيجوز بيعها عند عروض المجوّز و من أخذها يكون ضامنا .

ومن هذا القبيل وقف الدكاكين و الحمامات وبقية الاملاك على المدارس والمساجد والمشاهد ولكن فرق بينها وبين آلات المسجد و قناديل الحرم وجواهرة التى وقفت للتزيين والتعظيم وهو ان الدكاكين ونحوها وقفت عليها لتكون منافعها لها بحيث تصرف فيها نظير صرف منافع الموقوفات على الكلى فى أفرادها فتكون تلك المنافع ملكا طلقا لها ومملوكا شخصيا لهؤلاء و كل منافع تكون ملكا طلقا للمساجد والمشاهد بحيث ان لمتوليها بيع تلك المنافع وتبديلها بشىء آخر من غير عروض مجوّز لها ثم بيع ذلك أيضا و تبديلها بشىء آخر من الدار والدكان ونحوها وهذا بخلاف الاصل أعنى ذى المنفعة فانه لا يجوز بيعها الآ بعروض المجوّز كما أن ما يكون وقفا للعناوين

الكلية أو الذرية تكون منفعتها ملكا طلقا لهم يفعلون فيها ما يشاؤون بخلاف أصل الوقف الذى حصل منه النفع فحقيقة الوقف الذى عبارة عن تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة موجودة هنا من غير أن يكون تحريرا وهذا بخلاف مثل آلات المسجد والمشاهد وماكان وقفا لها للتعظيم والتكريم فان نفعها عبارة عن التعظيم فقط فليس لها نفع سواه وسوى التزيين فيكون نظير الوقف على الجهة كالمدارس والقناطر والربط والخانات فليس للموقوف عليهم الا الانتفاع بالتفرج ونحوه ، أى انهم ما لكون بمنفعة خاصة لا بجميع منافعها فان مالكيتهم مضيق فيها كتضيق مالكيتهم على اصلها لا أنهم مالكون بالانتفاع فانه لامعنى للوقف ، بان يكون الموقوف عليهم ان يملكون على فعلهم و جمله من تلك الالات نفعها يكون منحصرا باستراحة الزوار والمصلين وجملة منها تكون ذوجبتين أى يكون نفعها تعظيما للشعائر وعائدا الى استفادة الزوار والمصلين وعلى كل حال فليست وقفا على الجهة ، بل وقف على نفس المساجد والمشاهد وتمليك لها ولكن الداعى يختلف تارة يكون انتفاع الناس فقط ، وأخرى تعظيم الشعائر من حيث التزيين فقط ، وثالثة يجتمعان وكيف كان فما كان نفعه عائدا الى الواردين فمن حيث أنهم واردين لهذا المحل وزوارها والمصلين فيها .

ثم انه من هذا القبيل الاجزاء المستحدثة فى المساجد و المشاهد كاسقف والجدران ونحوهما فانها تمليك لها من غير أن تكون تحريرا و لذا يجوز بيعها بعد الخراب اذا لم يمكن صرفها فى نفسها ، بل يمكن القول بذلك فيها اذا لم تكن مستحدثة ، بل صار وقفا على هذا النحو كما اذا ابنى بناء ثم جعله مسجدا ، بل الامر كذلك فى جميع اجزاء المشاهد والمساجد أى ماكان الوقف تحريرا فجميع اجزائها من الارض والجدار والسقف وسائر

الاجزاء كلّها وقف على نحو التمليك المسجد والمشهد وان المسجد والمشهد غيرها أى المكان التى تلك الاجزاء موجودة فيها فانها بحسب التحليل و الدقة ليست بمسجد ومشهد، بل من أجزائها وان كان يحرم تنجيسها و هتكها الآ أن ذلك من جهة كونها جزء للمسجد والمشهد وتحقيق هذه الدعوى.

أن المسجد انما هو المكان الذى يحتاج اليه كل جسم ويفتقر اليه وليس هذا المكان عبارة عن الأرض ولا الهواء الموجود فى الفضاء، بل هما أيضا من الاجسام المحتاجة الى المكان، بل المكان وان كان شيئا يحتاج فهمه الى النظر الدقيق، بل مما يتحير فيه العقول ويختلف فيه أهل الفلسفة أيضا فى بحث الاعراض وفى بحث غناء الواجب تعالى من المكان ولكن الظاهر و لو بحسب المسامحة العرفية أنه عبارة عن البعد الخالى من كل شئ حتى من الهوى ولذا لو اخرجت جميع اجزاء المسجد من الارض والسقف و الجدران الى محل آخر واترس محلها تراب وجص غيرها ترتب حكم المسجد على الاجزاء الجديدة وانسلخت عن الاجزاء الخارجة وهكذا الحكم فى غير المساجد من الاملاك الشخصية فان المكان الذى متعلق حق الناس اذا خلا عن جميع الاجزاء من التراب والاجر والجص وبفرض المحال عن الهواء ايضا، بل الى تخوم الارض بالفرض المحال لوكان الى تخوم الارض متعلق حق الغير وان لم يكن كك فان متعلق الحق ما يعتبره العقلاء للملاك من الفوق والتحت وكك فى المساجد فى غير المسجد الحرام، فانه ورد روايتين فى خصوص مسجد الحرام انه مسجد من تخوم الارض الى عنان السماء.

فاذا خليت عن التراب الى تخوم الارض بالفرض المحال هل يتوهم أحد أن حق المالك زال عن هذا المكان، بل نفس ذلك المكان متعلق حق

الغير وملك له فليس لأحد أن يزاحمه .

وبالجمة أن المكان سواء كان مسجدا أو ملكا لاحد ليس عبارة عن الارض والهواء ، بل جميعها موجود فى المكان وذلك المكان مسجد و ملك للغير من الفوق والتحت بالمقدار المتعارف لا من تخوم الارض الى عنان السماء كما توهم أنه من تخوم الارض الى عنان السماء مسجد فانه بلامدرك فلو خليت الأراضى من جميع الاجزاء الارضية .بل الهواء أيضامحالا فالمكان الخالى من الفوق والتحت مسجد وملك للغير بالمقدار الذى يعتبره العقلاء ملكا فى الاملاك وهذا المقدار أيضا مسجد وكذلك الامر فى المسجد الحرام أيضا فلوخربت الكعبة العياذ بالله واخرجت الاحجار والتراب عنها ، فلم تزل الكعبة ، بل زالت اجزائها بحيث لافرق بين البناء الموجود فيها و الهواء الموجود فى السماء الرابع فان جميعها كعبة وكذلك الى تخوم الارض فالكعبية غير قائمة بذلك البناء والذى يدل على صدق هذه الدعوى مضافا الى ماذكرناه ماذكره شيخنا الاستاذ من ان المساجد وكذلك المشاهد تحرير ملك وفك له الى الابد حتى يرث الله الارض بحيث لا ينقلب عما هو عليه بوجه مع أن جدرانها وكذلك سائر أجزائها عن السقف وغيره لا تبقى الى الابد بل تخرب ويتجدد ببناء آخر ولو بعد الف سنة فلوكان قوام المسجدية و المشهدية بتلك الاجزاء لزالت ولم تبقى الى الابد فهذا خلف و مناقضة و نكشف من ذلك أن المسجدية غير قائمة بها وانما هى اجزاء المسجد كمالا يخفى .

بقى هنا شئ وهو أن ثوب الكعبة هل هى وقف للكعبه أو للزائرين أو للخدمة وانه على تقدير كونه وقفا للكعبة كيف يجوز اخذه فى كل سنة وصرفه فى غير مصارف الكعبة .

أقول : الظاهر أنه بذل للبيت الى ان يكون لها سنه واحده فلايجوز التصرف فيه الى سنة ثم يأخذه المتصدى للكعبه ويتصرف فيه ببذله الى خدمتهأو الى رواره كيف شاء ، بل سمع أن فى المصر موضع وقف على ذلك بحيث أن يصنع منه فى كل سنة ثوبا للكعبة ٠

وبالجملة أن ثوب الكعبة لا يقاس ببقية اموال المساجد والمعابد و المشاهد فانه لا يجوز التصرف فى بقية أموالها بنحو و هذا بخلاف ثوب الكعبة فانه يجوز التصرف فيها بعد سنة لأنه من الاول جعل هكذا خصوصا لو صح ماسمع ماذكرناه من تهيته موضع لذلك فى المصر ٠

وبالجملة ثوب الكعبة ليس وقفا لها ليستشكل فيه بانه كيف يسوع بيعه بعد سنة مع كون الوقف مؤبدا ، بل هو هدية للبيت ينتفع به الى سنة و لا يجوز لاحد ان يتصرف فيه الى سنة ثم يؤخذ ويتصرف فيه فمن الاول جعل هبة للبيت الى سنة ثم الى المسلمين او الخدمة ونحوهم ويشهد على ذلك ما ورد من جواز بيع استار الكعبه والانتفاع به كما فى روايه مروان بن عبد الملك واما ماذكر من عدم جواز التكفين به فمن جهة الاحترام لتنجسه بما يخرج من اسفل الميت ٠

الكلام فى مسوغات بيع الوقف

(قوله : اذا عرفت جميع ماذكرنا فاعلم أن الكلام فى جراز بيع الوقف يقع فى صور) ٠

أقول : ذكرت امور يجوز بها بيع الوقف منها ان يخرب الوقف وان كان المذكور فى كلامهم هو ذلك ولكن الخراب ليس موضوعا للحكم ، بل موضوع

الحكم هو عدم امكان الانتفاع به و الخراب مقدمة لذلك و من هنا لا ينحصر الحكم بالخراب فقط، بل يجرى فى كل مورد سقط عن الانتفاع به كما يجرى فى الخراب ايضا .وذلك كالدار الموقوفة اذا خربت و كذلك اخشابها و الحيوانات الموقوفة لمسجد اذا ذبحت أو الاعيان الموقوفة اذا سقطت عن الانتفاع بها كالدور غيرها اذا كانت فى قرية خربت أو غار عنها اهلها و بقيت الدار الموقوفة مسلوبة عنها المنافع و هكذا الظروف و الاخشاب و الاحجار و نحوها .

فتحصل انه لا موضوعية للخرابية ثم انه يقع الكلام هنا فى جهتين : ـ

الاولى :من جهه المقتضى .

والثانية :من جهة المانع.

اما الكلام فى الجهة الاولى ،فحاصل ماذكره المصنف أن المانع من بيع الوقف أمور .فلا يجرى شئ منها فى المقام الاول الاجماع.

وفيه وإن ادعى الاجماع على عدم جواز بيعه كما هو كك سواء كان اجماعا تعبديا أو له كك، الآ انه لا يجرى فى المقام اذ لا خلاف فى جواز بيعه عند خرباه وسقوطه عن الانتفاع به .

الثانى ما فى روايه على بن راشد، لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك .

وفيه انها منصرفة الى غير هذه الحالة لان النظر فيها ان كان الى موردها فلاشبهة ان مورد كلامنا مايكون الوقف ساقطا عن الانتفاع به و فى الرواية ليس كك ولذا فرضت فيها الغلة فلوكانت ساقطة عن الانتفاع بها لم تكن ذات غلّة وان كان النظر الى اطلاقها فلاشبهة فى انصرافه الى غير هذه

الصورة لان الواقف وقف الأرض لتبقى موقوفة وينتفع الموقوف عليهم بها لتكون المنفعة ملكا لطفالهم او يملكون بالمنفعة الخاصة المعبر عنها بملك الانتفاع بالمعنى الذى ذكرنا والآ فلامعنى للوقف لان يملك الموقوف عليهم بفعلهم فاذا سقط الموقوفة عن هذه الحالة فتخرج عن لزوم ابقائها الى الأبد فتخرج عن الوقفية التى كانت عبارة عن حبس العين وتسبيل الثمره من حيث جواز البيع لا من جميع الجهات ليقال ان لازم ذلك سقوط الوقف عن الوقفيه كما تقدم ذلك فى توجيه كلام صاحب الجواهر واستاذه كاشف الغطاء فمن الاول لم يشمل اطلاق الروايه على ذلك و منصرف الى غير تلك الحاله كما ادعاه المصنف (ره) من انها منصرفه الى غير تلك الحالة .

و اما قوله(ع)الوقوف على حسب مايوقفها اهلها فذكر المصنف اولا أنه ناظر الى وجوب مراعات الكيفية المرسومة فى انشاء الوقف وليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من احكام الوقف وان ذكر فى متن العقد و افاد ثانيا ولم سلم أن المأخوذ فى الوقف ابقاء العين فانما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاء البطون به مع بقاء العين والمفروض تعذره هنا .

أقول : لا وجه لما افاده اولا فانه يرد عليه اولا انه مناقض لما استدل به سابقا على عدم جواز بيع الوقف ،وثانيا :أنه لا وجه لتخصيص الرواية بالكيفيات مع شمول اطلاقها للبيع ايضا فيحكم بعدم جواز بيع الوقف وعدم جواز التصرف فيه على غير جهة قصد الواقف أخذ بالاطلاق .

وثالثا : على فرض عدم شمولها للكيفيات فالادلة الاخرى الناظرة على امضاء الوقف على طبق المعنى اللغوى الذى عبارة عن الحبس والسكون و على طبق المعنى الشرعى الذى ذكره الفقهاء اعنى حبس العين و تسبيل الثمرة كافية فى الماضية فلم ترد لادلة المانعة على نحو التعبد فعدم جواز

بيع الوقف ليس للتعبد. نعم ماافاده ثانيا من اعتبار ابقاء العين فى مفهوم الوقف ولكن اعتبر ذلك مقيدا بانتفاع البطون فمع عدم امكان الانتفاع فلا يكون حقيقة الوقف متحققة هنا من حيث جواز البيع فقط لا من الجهات الاخرى بحيث يكون الوقف مطلقا باطلا فحينئذ لا تمنع عن البيع الادلة المانعة بوجه لماعرفت انها مسوقة لامضاء ما اعتبر فى مفهوم الوقف فقط وليست ناظرة الى جهة التأسيس فمع انتفاء حقيقة الوقف ومفهومه من جهة جواز البيع فلا تبقى فى البين أدلة الامضاء أيضا .

اما الكلام فى جهة الثانية فهو ما اشار اليه بقوله ،والحاصل أن الامر دائر بين تعطيله حتى يتلف، الخ .

أقول : انه لااشكال فى وجود المقتضى لبيع الوقف اذا عرضه ما يوجب سقوطه عن الانتفاع به وتحقيق ذلك ان الامر حينئذ دائر مدار تعطيل الوقف حتى يتلف وبين انتفاع البطن الموجود به وبين تبديله لينتفع بهالبطن المتأخر والظاهر جواز تبديله بل لزومه لينتفع به البطن الموجود والبطون المتأخرة وذلك فان العبارة المقترنة بكلمة الواقف حتى يرث الله الارض ومن فيها مع كون العين الموقوفة مما لا بقاء لها الى الابد قطعا مع عدم المعنى لوقف المنقطع تدل على ان الخصوصية غير دخيلة فى العين الموقوفة وأن الملحوظ فيها انما هى طبيعى المالية فى ضمن أى شخص كان فمادام يمكن الانتفاع بعينها فبها والآ فيبدّل بعين أخرى عن جنسها أو من غير جنسها فينتفع بها مثلا لو وقف عبدا أو حمارا أو شيئا آخر مما لا دوام فيه على صلاح المسجد حتى يرث الله الارض ومن عليها فلابد وأن يكون نظر الواقف الى طبيعى المال والآ فلا معنى لتعقيب كلامه بهذه العبارة لعدم كونها قابلة للبقاء فاذا سقطت عن الانتفاع بها يبدل بشىء آخر فينتفع به وهكذا لتبقى الى

الأبد الاّ أن يعرضه بشئ ويهلكه فحينئذ ينتفى الموضوع وهكذا الأمر فى العين التى تصلح للبقاء ولكن عرض لها مايسقطها عن الانتفاع بها كالدار الموقوفة فى قرية فانه اذا غار اهلها سقطت هذه الدار عن الانتفاع بها فحينئذ يجوز بيعها وتبديلها بشئ آخر ،لايصرف ثمنها الى الموجودين لينقطع الوقف وان كانت لعرصة هذه الدار بقاء لماعرفت أن غرض الواقف انما هو البقاء الى أن يرث الله الارض ومن فيها والاتلاف مناف لغرض الواقف و من هنا اندفع ماتوهم من أن الاوقاف التى لا بقاء لها فانما تصير ملكا طلقا للبطون اللاحقة فيجوز لهم أن يفعلوا فيها مايشاؤون على أن لازم ذلك أن يجوز بيعها بمجرّد موت الطبقة السابقة وان لم يعرض للوقف مايسقطه عن الانتفاع به وهو خلاف البداهه .

ويؤيد ماذكرناه أن الاوقاف ولوكانت من قبيل الربط والخانات لا بقاء لها الى الأبد فمع ذلك أى معنى لاقتران صيغة الوقف فيها بانها وقف الى ان يرث الله الارض ومن فيها أى يفنى ماسوى الله كماذكرت هذه الجملة فى وقف على (ع) فى الرواية المتقدمة الحاكية عن ذلك فيعلم من ذلك ان المراد هو ماذكرناه ، نعم مع كون العين الموقوفة هى الأرض فتكون العرصة الخاليه من كل شئ قابلة للبقاء .

ومن هنا اندفع مافى المتن من انه اذا كان الوقف مما لا يبقى بحسب استعداده العادى الى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم فينتهى ملكه الى من ادرك آخر ازمنة بقائه ولعله الى ذلك اشار بالامر بالتأمل .

ويضاف الى جميع ماذكرناه العمومات الدالة على صحه المعاملات من أوفوا بالعقود ، واحل الله البيع وتجارة عن تراض فانها تقتضى صحه بيع

الوقف اذا سقط عن الانتفاع بها فان المانع عنها انما كانت هى الادلـه الدالة على عدم جواز بيع الوقف فاذا سقطت هى عن المانعيه فتكون هى محكمة ومقتضية لجواز البيع كما لا يخفى ٠

وبالجملة أن أدلة عدم جواز بيع الوقف فيما اذا كانت العين الموقوفه باقية على حالها وامكن الانتفاع بها فى الجهة التى وقفها الواقف لاجلها واذا سقطت عن الانتفاع بها لم تكن مشمولة لها ٠

وبعبارة أخرى أن مادلّ على المنع عن بيع الوقف ليس واردا على نحو التعبد، بل امضاء لما أنشأه الواقف من جعله ساكنا وغير متحرك بالبيع و الهبة وجعله مهرا للزوجة وغيرها من التصرفات كما يقتضيه مفهوم الوقـف ايضا واذا سقطت العين الموقوفة عن الانتفاع بها ارتفع المنع عن بيعها وخرجت العين عن الوقفية من هذه الجهة وجاز بيعها كما لا يخفى ٠

ثم انه يقع الاشكال فى أنه بعد ماجاز بيع الوقف مع عروض ما يخرجـه عن الانتفاع بها وبدل بشىء آخر فكيف يصير ذلك وقفا كمبدله مع عدم تعلق الانشاء من الواقف عليه ٠

وعلى تقدير تعلق الانشاء به فلا فائدة فيه فانه لا يملك بالبدل حين وقف المبدل فما لا يملكه لا يجوز وقفه لانه لا وقف الاّ فى ملك وبعد تبديله بالثمن فليس ملكا للواقف وعلى تقدير رجوعه الى ملكه لا يكون وقفا الاّ بانشاء جديد فهو منفى ،بل مقتضى القاعدة حينئذ أى مع الرجوع الى ملكه اماكونه ملكا للواقف على تقدير حياته وللورثه مع موته وهذا هو الذى يقتضى كون البدل وقفا للبطون جيلا بعد جيل لا ماذكره المصنف من كون الملكيـة للموجودين فعلية وللمعدومين شانية فان الملكية الشانية للمعدومين موجوده فى اموال جميع الناس بالنسبة الى الورثة فليس منحصرا بالمقام، بل ملكيه

المعدومين انما هو بانشاء الواقف لأن المعدومين يتلقون الملكية من الموجودين بموتهم كما يوهمه ظاهر عبارة المصنف وان لم يكن مرادا له فان مراده هو ماذكرناه٠

والذى ينبغى ان يقال ان الانشاء وان تعلق بالعين الشخصيه الموجودة فى الخارج ولكن لاخصوصية للخصوصية الخارجية فى العين الموقوفة وانما هى هذه العين الخارجية مع لحاظ المالية العارية عن الخصوصية الشخصية فهذه المالية فى هذه العين الموقوفة الخارجية ما دامت موجودة وبعدها تكون باقية فى العين الآخر مع التبديل و اذن فالمالية المحفوظة مع الامكان متعلق الوقف فلافرق فى كونها وقفا بانشاء الواقف وهذا والاخدشة فيه فى مقام الثبوت٠

واما فى مقام الاثبات فالقرينة على ذلك كون الوقف مؤبدا الى ان يرث الله الأرض ومن فيها وعدم امكان ابقاء العين الى الابد فيعلم من ذلك أن الوقف انما تعلق بشىء له أمد حسب طول الزمان بقدر الامكان غايه الأمر ما دامت العين الموقوفة بشخصها باقيه فخصوصياتها أيضا متعلق الوقف حين الانشاء ولذا لا يجوز تبديلها قبل عروض المجوّز اذن فالبدل وقف بانشاء نفس الواقف لا بانشاء آخر على أنه لوكان ملكا للبطن الموجود لا نتقل حق كل منهم بمجرد موته الى وارثه مع أنه ليس كك٠

ثم انه يقع الكلام فى جهات :ــ

الاولى : هل البدل ملك للواقف أو للموجودين أو حكمه حكم الاصل فى كونه وقفا فالظاهر أنه وقف كأصله فليس ملكا للواقف ولا للموقوف عليهم اذ لامقتضى له . بل ملك للموقوف عليهم ملكية قاصرة لا ملكية مطلقة وبدل على ذلك نفس جواز بيع الاصل مع عروض المجوّز فانه لوكان ذلك ملكا للموقوف عليهم

لم يكن وجه لجواز البيع ولا للزومه ، بل يكون ملكا لهم بمجرد عروض المجوّز فيعلم من ذلك ان الموقوفة أمر قابل للبقاء فمادام يمكن بقائها فى العين الخارجية فبها واذا توجّه الى الزوال فيباع فيبدل بشخص آخر كما عرفت مفصّلا ولو كان ذلك ملكا للموقوف عليهم الموجودين لكان حق كل منتقلا الى وارثه بموت واحد منهم وليس كك .

والذى يوضح ذلك وكون البدل وقفا أنه لو أتلفه أحد فهل يتوهم أحد أن ماضمنه يكون للموقوف عليهم بل لا شبهة فى كونه وقفا كالاصل و يجعل مقامه وتثبت لهم الملكية لها ملكية قاصرة بمعنى ليس لهم أن يفعلوا فى البدل ،ما شائوا من الهبة والبذل وجعله مهرا للزوجة الاّ جواز البيع و من هذا القبيل المثلان الذان ذكرهما المصنف .

الاول : ان دية العبد المقتول مشترك بين البطون فثمنه أولى بذلك حيث انه بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقف فجاز عقلا مع سرايه حق البطون اللاحقة اليه بخلاف الثمن فانه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقية فلايعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض .

الثانى : أن بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهنا لأن حق الرهنية متعلق بالعين من حيث أنه ملك لمالكه الاول فجاز أن يرتفع لا الى بدل ارتفاع ملكية المالك الاول بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم فانه ليس قائما بالعين من حيث انه ملك البطن الموجود ، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود منشىء بانشائه مقارن له بحسب الجعل متأخر عنه فى الوجود .

وبالجملة تعلق غرض الواقف بدوام الوقف وكونه مؤبدا وجواز بيعه اذا

عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به وكون بدله وقفا فى موارد الاتلاف و الغصب كما أن بدل الرهن رهن جميعها يدل على كون البدل قائما مقام المبدل بعد البيع كما هو واضح.

نعم، بعد ماكان حكم المبدل جاريا على البدل فهل يحتاج الى صيغة الوقف ام لا يحتاج، فالظاهر أن هذا الاحتمال احتمال لغو و ذلك لأن البدل ان كان بمجرد الشراء والبيع وقفا فلايحتاج الى الصيغة ثانيا لأنه تحصيل الحاصل وان لم يكن وقفا بان كان يرجع الى ملك الواقف فما الذى أوجب كونه وقفا، بل يبقى فى ملك الواقف مع وجوده وينتقل الى ملك الوارث مع موته وكذا اذا كان ملكا للموقوف عليهم.

وبالجملة لوقلنا باحتياجه الى الصيغة فلابد وان يكون ملكا لشخص فى الزمان الفاصل بين البيع واجراء الصيغة وأى ملزم لاجراء الصيغة والوقف ثانيا : مع كونه ملكا لاحد، بل له أن لا يوقفه ثانيا.

وينبغى ان يقال أن البدل وقف من دون احتياجه الى الصيغه أما كونه وقفا فكما عرفت واما عدم احتياجه الى الصيغة فلما عرف - ايضا من أنه مع الاحتياج اليها يلزم ان لا يكون وقفا ولو بالمقدار الفاصل بين البيع ، و الوقف وبعده فما الملزم للمالك لان يوقف ذلك ثانيا اذا أراد ان لا يوقف مع انا نقول بالوقفية مطلق على ان البيع تبديل شىء بشىء فى جهة الاضافة فما يكون وقفا ملك للموقوف عليهم فى غير موارد التحرير فاذا بدل بشىء آخر يكون البدل ايضا قائما مقام المبدل وملكا للموقوف عليهم نظير بيع الزكاة فان بدلها يقوم مقام المبدل فيكون زكاة وهكذا فى جميع الموارد كما لا يخفى.

(وفى حاشية الايروانى صفحة ١٧٥ مايرجع الى ذلك).

الجهة الثانية : فهل يترتب حكم المبدل على البدل بمعنى انه كما كانت مالكية الموقوف عليهم بالنسبة الى الوقف قاصرة ، فكك مالكيتهم على البدل ، او ليس كك الظاهر أن حكم المبدل ترتب على البدل من جميع الجهات ، فلا يجوز اعدامه ولا هبته ولا جعله مهرا للزوجة و لا أكله ، لو كان مثل الشاة ونحوها الآ فى جواز البيع مطلقا فان الاصل لا يجوز بيعه الآ مع عروض المجوّز وهذا بخلاف البدل فانه يجوز بيعه وان لم يعرضه المجوّز.

والوجه فى ذلك هو أن انشاء الواقف تعلق بالمبدل مع لحاظ ماليته بحيث جعل العين الشخصية الخارجية وقفا باعتبار ماليته ليكون الوقف قابلا للبقاء فمادام شخص الخارجى موجود لا يجوز بيعه الآ مع عروض المسوّغ واذا انتقل الى البدل فلا يفرق فى البدلية بين هذا وذاك ولذا لو رأى المتولى مصلحة فى البيع فيجوز له بيعه أى البدل ثم تبديله بفرد آخر وأن لم يعرضه المسوّغ بخلاف الاصل فان بدل لما يجوز بيعه فلو لم يجز بيع البدل لزم كون الفرع زائدا على الاصل و من هنا جاز بيعه بدنانير اليوم مع انه لا ينتفع بها الآ باعدام الموضوع لكونه قرطاسا فلا معنى فى كون القرطاس وقفا .

نعم ، لوكانت الدنانير من الذهب فجاز وقفها لزينة النساء لاحتياجهم اليها فى عرسهم فمن ليس له ذلك فتتزين بها اياما ثم يردها الى محلها وهكذا يأخذها الاخر .

فلو لم يجز بيع البدل ، قبل عروض المجوّز لم يجز بيعه من الاول بالدنانير الفعلية .

وبالجملة كما ان الموقوف عليهم مالكون على الوقف ملكيّة قاصرة فكك مالكيتهم على البدل قاصرة فكما أن الاصل جاز بيعه فكك الفرع و الآ لزاد

الفرع على الاصل الاّ أن فى البدل خصوصية لا يحتاج الى عروض المجوّز و هى ماذكرناه .

ودعوى كون البدل ايضا وقفا مع الخصوصيات الخارجية الشخصية دعوى جزافية لاحتياجه الى الانشاء الاخر من الواقف فهو منفى والانشاء الواحد لا يتكفل بكون الاصل والفرع بخصوصيتهما وقفا كما لا يخفى .

و دعوى أن كون البدل بالخصوصيات الشخصية وقفا لا يقتضى تعدد الانشاء والاّ لزم تعدده فى المبدل ايضا دعوى جزافية فان الواقف أنشاء كون العين الخارجى وقفا بجميع شئونها الاّ اذا عرضه المسوّغ فيجوز بيعه فاذا بيع ينتقل الحكم الى البدل من جهة المالية ويترتب عليه جميع أحكام المبدل فى حالة جواز البيع فحيث كانت الملكية عليه قاصرة فكك الملكيه على البدل بمعنى انه لا يجوز التصرفات المالكية فيها الاّ البيع كما عرفت .

وذكرنا الى هنا أن الوقف اذا عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به فيجوز بيعه وأن الادلة المانعة ايضا لما أنشائه الواقف من حبس العين وتسبيل الثمرة فلا تشمل صورة تعذر الانتفاع لعدم كون تلك الادلة تعبدية كما عرفت أن حكم البدل حكم الاصل من جميع الجهات فكما أن ملك الموقوف عليهم على المبدل ملكية قاصرة فكك ملكهم على البدل بمقتضى الانشاء والادلة المانعة واوفوا بالعقود ، فكما يجوز بيع المبدل وكك يجوز بيع البدل فانه بدل لما يجوز بيعه فلو لم يجز بيعه فكان الفرع زائدا عن الاصل .

الجهة الثالثة : فهل يجب شراء المماثل للوقف بقدر الامكان أم لا ، بل اللازم مراعات الاصلح فالاصلح على حال الموقوف عليهم و ان كان غير مماثل فانه ذكر أن للعين الموقوفة ثلاثة حالات العين بخصوصياتها الشخصية والعين بخصوصياتها النوعية والعين بمالها من المالية فاذا انتفت

العين بخصوصياتها الشخصية فتبقى فيها الحالتان الاخرتان ، و اذن فيجب شراء المماثل للوقف الحاوى للخصوصيات النوعية والجهه المالية و ذكروا ذلك فى باب الضمان ايضا فحكموا بالضمان بالمثل كما حققناه مفصلا ·

وفيه أنه ممنوع صغرى وكبرى كما ذكره المصنف ،اما الوجه فى منع الصغرى هو أن غرض الواقف يختلف فى ذلك فان غرضه ليس دائما متعلقا ببقاء العين و مع انتفائها ببقاء ما هو أقرب الى العين ليحكم بوجوب شراء المثل بقدر الامكان ·

اذ قد يتعلق غرضه بالانتفاع من منافعه من غير ملاحظة خصوصية العين سواء كانت دارا أو دكانا أو غيرهما فحينئذ لابدّ من مراعات ما هو الاصلح لحال الموقوف عليهم فان الموقوفة وان كانت دارا مثلا ،ولكن منافع الدكان من حيث الاجره وعدم احتياجه الى التعمير كثيرا كما احتاجت الدار اليه اكثر فيجوز بيع الدار وشراء الدكان بدلها وهكذا وقد يكون غرض الواقف بقاء عين الموقوفة بقدر الامكان كما اذا كان كتابا مخطوطا بخط جده أو بخط واحد من الاكابر فاراد الواقف بقائه تحت يد الذرية فوقفه عليهم فان النظر انما تعلق بحفظ هذه العين الموقوفة فاذا تعذر حفظها وجاز تبديلها ببدل فيجوز ايضا التبديل بأى شىء كان فان ما تعلق به غرض الواقف قد فات بفوات العين ولا يفرق فى غرضه تبديلها بأى شىء كان ·

وقد يكون غرضه متعلقا بالانتفاع بثمرته كما لو وقف بستانا لينتفعوا بثمرته فيبيع فدار الامر بين أن يشترى بثمنه بستانا فى موضع لا يصل اليهم الا قيمه الثمرة وبين أن يشترى ملك آخر يصل اليهم أجرة منفعته فان الاول وان كان مماثلا الاّ أنه ليس اقرب الى غرض الواقف وقد يكون غرضه متعلقا بالانتفاع بمنفعة خاصة كالسكنى فحينئذ يلزم التبديل بما يكون قابلا لذلك ·

بوالجمله أنه لا انضباط فى غرض الواقف ليكون متعلقا ببقاء العين بجهاتها الثلاثة ومع انتفاء الخصوصيات الشخصية تلاحظ فيها الجهة النوعيه والمالية ، بل الوقف ما دام موجودا بشخصه لا يلاحظ فيه الآمد لو لا كلام الواقف للادلة الخاصة ولدليل وجوب الوفاء بالعقد.

وتوهم ان الشرط الضمنى يقتضى شراء المماثل فاسد فانه ليس هنا شرط ضمنى أولا وعلى تقدير وجوده فلا يكون مخالفته الا غير مشروع أو موجبا للخيار وأما فساد البيع بغير المماثل فلا وجه له واذا بيع و انتقل الثمن الى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه الا مصلحتهم .

و أما الوجه فى منع الكبرى فلانه لا دليل على مراعات المماثلة أصلا و انما اللازم ملاحظة مدلول كلام الواقف فى انشاء الوقف ليجرى الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها فحيث عرفت أن ملاحظة كلامه من العبارة المقترنه عليه أعنى الى أن يرث الله الأرض ومن فيها تقتضى ان تكون العين الموقوفة الى الأبد فاذا كانت قابلة للبقاء فلا كلام لنا فيه كالعرصة الخاليه من العماره والاشجار ونحوها والا فلابدّ من التبديل الى مايكون باقيا ولو بالتبديل على مرات ولا يستفاد من ذلك أزيد من وجوب تبديل العين الى البدل اذا عرضها الخراب واما كونه مماثلا للعين فلا يستفاد من ذلك ولا عليه دليل آخر يدل على اعتبار التماثل كما لا يخفى .

ولا يقاس ذلك بباب الضمان فان مقتضى دليل الضمان فيه هو الضمان بالعين وردها بجميع خصوصياتها الشخصية والنوعية و المالية فحيث أنه لا يمكن ردها بخصوصياتها الشخصيه لامتناع اعادة المعدوم وعلى تقدير امكان الاعادة فهو ليس بقادر على اعادة الخصوصيات الشخصية فقهرا تصل النوبة الى الضمان بالمثل و مع عدم امكانه ايضا فالى الضمان بالقيمه ففى

باب الضمان فالعين تكون مضمونة اولا ومع الانتفاء فالمثل و مع الانعدام فالقيمة وهذا بخلاف المقام فان الدليل هنا أعنى ملاحظة انشاء الواقف لا يقتضى أزيد من ابقاء الوقف بجميع خصوصياتها الشخصية مادامت العين باقية فاذا انتفت العين يكون بدله وقفا بعد البيع والشراء فيجلس البدل مكان المبدل بما هو طبيعى البدل لا البدل المماثل كما لا يخفى ٠

نعم لو اشترط الواقف عند انشاء الوقف مراعات المماثلة فى التبديل و اخذ البدل يجب مراعاته بمقتضى اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم و الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها أو يقفها أهلها وهذا أمر آخر لا يرتبط بالتبديل بدون الاشتراط ٠

الجهة الرابعة : فى أنه اذا احتاج الى التبديل فهل يتصدى به الحاكم الشرعى أو الموقوف عليهم أو الناظر أو يحتاط بالجمع بين الحاكم والناظر كليهما كما صنعه شيخنا الاستاد او يتصدى الموقوف عليه مع نصب الحاكم القيم على البطون المتأخرة وجوه ٠

والذى ينبغى أن يقال انه يجب مراعات نظر الواقف بانه بأىّ كيفيه انشأ الوقف فان كان نظره كون الوقف للموقوف عليهم وما لكيتهم عليه من دون أن يكون لهم السلطنة على الوقف ، بل السلطنة من جميع الجهات بيد الناظر للوقف ومتوليه فحينئذ ليس للموقوف عليهم ولا للحاكم أن يتصدى بالبيع اصلا ، بل المتصدى بذلك هو الناظر فقط أما الحاكم فواضح ، لانه ولى من لا ولى له ، والناظر ولّى الوقف فيتصرف فيه على النحو الذى جعله الواقف متوليّا للوقف لان الناس مسلطون على اموالهم ، فنتصرف فيه كيف يشاء فله أن يقفه ويجعل تولية الوقف للغير ولا يكون للموقوف عليهم الاّ الملكيه فقط لعلا يقع بينهم النزاع والتشاجر لو كان أمر الوقف بيديهم ٠

و من هنا ظهر عدم كون الموقوف عليهم متصدّيا بالبيع، فان الواقف مالك على العين فله ان يفعل فيها مايشاء فاذا وقفها للموقوف عليهم و جعل سلطنتها تحت يد الناظر فيتبع فلايكون للموقوف عليهم الآملكية قاصرة من غير أن يقدروا على التصرف فيه غير أنهم مالكون له فلهم منافعه، و اما السلطنة عليه فهى بيد الناظر.

وبالجملة ان الموقوف عليهم وان كانوا مالكين للعين الموقوفه الا انهم قاصرون عن التصرف فيها لعدم سلطنتهم عليها من قبل الواقف بل سلطنته تحت يد الناظر فقط بجعل الواقف كما هو واضح.

وان لم يكن هنا ناظر ولم يجعل الواقف أمر السلطنة للناظر و للحاكم بل وقف العين للموقوف عليهم غير تعرّض لهذه الجهات بوجه فحينئذ يكون أمر الوقف بيد الموقوف عليهم وتكون سلطنته لهم لان الملك لهم و الناس مسلطون على اموالهم، فليس للحاكم ولا لغيره التصرف فيها بوجه، بل يكون تصرفات غير الموقوف عليهم تصرفا محرّما فانه لا دليل على ولاية الحاكم على ذلك كما تقدم اللّهم الاّ أن يقال ان الحاكم ولى من قبل المعدومين فانهم ايضا مالكون للوقف ولكن قاصرين عن التصرف فيه فيكونون كبقية القاصرين و من الواضح أن الحاكم الشرعى ولّى القهر.

وفيه اولا أنه لاكلية لذلك بأن يكون البطن الثانى قاصرا عن الوقف لكونه من المعدومين لجواز وجودهم ووجود البطن الثالث، نعم يصح هذه الدعوى فى غير الموجودين، فلا وجه لدعوى كون الحاكم وليّا لغير البطن الموجود لقصورهم على الوقف للعدم.

و ثانيا ان المعدومين ليسوا مالكين للوقف ولأن لهم حقا فيه بالفعل ليكون الحاكم وليّا لهم فى حفظ حقهم غاية الامر أن الواقف جعل لهم فى

انشاء الوقف حقا تعليقيا بمعنى اذا ماتت الطبقة الاولى فتنتقل الموقوفة الى الطبقة الثانية لا الى الورثة وعليه فلاموضوع لولاية الحاكم لهم اصلا.

ثم ذكر المصنف فى ضمن هذا الفرع فرعا آخر وهو أنه بناء على كون نظارة الوقف للحاكم أو للناظر أو للموقوف عليهم فى البيع ونحوه فهل للناظر على الأصل نظارة للبدل ايضا فيصدى هو ببيعه وشرائه أم لا ؟

والظاهر أن هذا ايضا تابع لقصد الواقف وجعله كما ذكرناه فى رجوع أمر الأصل الى الحاكم أو الى الناظر أوالى الموقوف عليهم فمع الاطلاق فيكون للموقوف عليهم لان الناس مسلطون على اموالهم.

قوله : ثم انه لو لم يمكن شراء بدله ولم يكن الثمن مما ينتفع به.

اقول : فذكر المصنف هنا فروعا الاول أنه اذا لم يمكن شراء البدل للمبدل ولم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه لكونه من النقدين ، فقدعرفت أن النقدين لا يجوز وقفهما لعدم امكان الانتفاع بهما الآ بالاعدام الآ اذا كانا من الذهب والفضة وقصد بهما التزيّن فانه يجوز وقفهما لذلك وأما فى غير هذه الصورة خصوصا النقود الفعلية القرطاسية فلايجوز وقفها وعليه فلا يجوز دفعها الى البطن الموجود لماعرفت من كون البدال كالمبدل مشتركا بين جميع البطون فحينئذ توضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به ولو وجد فى ظرف التفحّص من يبيع الدار مثلا ببيع خيارى يفى ثمن الوقف بشرائه كما اذا كانت هناك دار تساوى الف دينار فيبيعها المالك بالبيع الخيارى بخمسة مائة دينار وكان ثمن الوقف ايضا خمسة مائة دينار فيجوز ذلك فان فسخ البيع بعده فيرد الثمن مع انتفاع الطبقة الموجود فى البين وان لم يفسخ فيكون بدل الوقف أقوى وانفع من الوقف فينتفع به الموجودين والمعدومون.

ثم قال ولو طلب ذلك البطن الموجود فلايبعد وجوب اجابته ولا يعطل الثمن حتى يؤخذ مايشترى به من غير خيار .

اقول : وفى كلامه قدس سره جهات من البحث :ـ

الاولى :أنه هل يجوز بيع الوقف بالدرهم والدينار خصوصا اذا كانت مما لا ينتفع به الآباعدام موضوعه(قال المحقق الايروانى ان البدل لابدّوان يكون عينا صالحة لان توقف من جهة اشتمالها على المنفعة فلوكان مما لا منفعة فيه كالدراهم لو فرضنا ذلك فيها لم يجز جعله بدلا) .

والوجه فى ذلك هو ان الواقف جعل ماله وقفا على الموقوف عليهم مؤبدا بحيث يحبس أصله ويسبل ثمره وما لانفع فيه الآ باعدامه فلا يكون قابلا للبدلية .نعم لوقصد به التزيّن فلابأس من جعله بدلا ولكنه أمر نادر الوجود .

ويرد عليه أمران :الاول) أن الوقف وان كان مؤبدا ولكن يجوزتبديلها بالنقود وان لم ينتفع بها الآباعدام موضوعها وذلك من جهةان غرض الواقف انما هو بقاء الأصل وتحبيسه وتسبيل الثمرة ومن المعلوم أن هذا لا يكون الآ بالبيع .فان كثيرامن الاعيان الموقوفة ليست قابلةللبقاءفلابدّ من التبديل وتبديل عين الوقف بعين آخرى لا يوجد الآ قليلا فانه قلما يوجد من يرغب ان يبدل الدار مثلا بالدكان فانتظار ذلك ربما ينجر الى خراب الوقف و فنائه .فلابدّ حينئذ من بيعه بالنقدين لكونه هو الكثير فاذا بيع بهافيشترى بها مايكون صالحا للبقاء .

وعليه فالنقود ليست بموقوفة بل فى طريقة الوقف وصراطه بحيث يسار الى الوقف وجعله مؤبدا بالنقود والآ فلايمكن تبديله عادة فان المعاوضة والمبايعة لا يكون عادة الآ بالنقود .

الثاني : أن الوقف على قسمين :الاول) أن يكون وقفا بشخصه لتعلق انشاء الواقف به بالخصوص بحيث يكون وقفا بخصوصياته الشخصيه فلا يجوز التصرف فيه بوجه ،حتى الموقوف عليهم لكون مالكيتهم عليها قاصرة الاّ اذا عرضه مايجوّز بيعه فيجوز بيعه فليس لهم الاّ الانتفاع بها .

والثاني) مايكون وقفا لكونه متعلقا لانشاء الواقف بحسب ماليته بمعنى انه حيث كان غرض الواقف دوام الوقف وأنه لم يكن حبسا ليكون مؤجلا و لم تكن العين الشخصية قابلة للدوام فهمنا من ذلك أن غرضه بقاء الماليه بعد ما سقط هذه العين بالخصوص عن الدوام .

وعليه فالبدل بعد التبديل وقف لاجل كونه بدلا عن الوقف ولذا قلنا بعدم احتياجه فى كونه وقفا الى الصيغة كما تقدم ،ومن الواضح أنه بدل للمبدل فى الحالة التى يجوز بيعه فى هذه الحالة فالبدل أيضا يجوز بيعه مطلقا وعليه فلامانع من بيعه بالثمن أى النقود وكونها وقفا بالتبديل لكونها قائما مقام الوقف فيكون وقفا ثم تبديله ببدل آخر وهكذا كما أنه لوبدل الوقف من الاول بالعين الصالحة للانتفاع يجوز تبديلها بعين أخرى ايضا لما عرفت أن البدل ليس كالأصل حتى لا يجوز بيعه ، بل هو جائز البيع مطلقا من الأول بل كان قوام البدلية بالبيع والاّ يلزم مزية الفرع على الاصل لأن الفرض أنه بدل لما يجوز بيعه فالبدلية فى حالة جواز البيع .

لا يقال انه وان كان يجوز بيع البدل مطلقا ولكنه لا بدّ وان يكون فى سلسلة الابدال كل واحد من الابدال جائز الانتفاع به والاّ فيكون الوقف لغوا اذ لامعنى لكون شىء وقفا مع أنه عديم النفع .

فانه يقال يكفى فى خروج كون النقود وقفا عن اللغوية كونا بدلا عن الاصل مقدارا من الزمان يمكن تحصيل بدل آخر يكون قابلا للانتفاع به مع

بقاء عينه لما عرفت من ندرة تبديل العين الموقوفة بعين أخرى تكون قابلة للانتفاع بها .

وبالجملة لا مانع من الالتزام بكون النقود وقفا فى سلسلة الابدال نعم لا تكون وقفا من الاول كما عرفت .

فتحصل أنه لا مانع من بيع الوقف بالنقود ثم اشتراء عين أخرى لينتفع بها الموقوف عليهم .

الجهة الثانية : فى شراء العين الصالحة للانتفاع بها بهذا الثمن بالبيع الخيارى ويقع الكلام هنا فى أمرين :ــ

الاول : فى جواز شراء البدل بالبيع الخيارى وعدمه .

الثانى : فى اعتبار اذنهم فى ذلك وعدمه وانه هل يجب البيع مع مطالبتهم ذلك أم لا .

أما الاول : فربما قيل بعدم جواز ذلك لأن الوقف يجب أن يكون مؤبدا والبيع الخيارى فى معرض الفسخ فلا يكون وقفا .

وفيه أنه قد ظهر جوابه مما تقدم من ان وقفية البدل ليس على نسق وقفية المبدل لئلا يصلح للبدلية مالا يكون قابلا للدوام ، بل يجوز تبديل الوقف بكل شىء حتى الخبز الذى نفعه باعدامه وبالفواكه غاية الامر يبدل ذلك أيضا بشىء آخر وهكذا فيكون بهذه التبدلات المالية محفوظة التى تعلق غرض الواقف بكونها باقية وينتفع بثمرها .

وعلى هذا فلا مانع من اشتراء دار أو دكان بهذا الثمن بالبيع الخيارى فان فسخ البايع فقد حصل النفع للموقوف عليهم الذى كان غرض الواقف هو ذلك ، بل معنى الوقف كان هو ذلك لما عرفت من أنه تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة والثمن أيضا باق على حاله فيشترى به شىء آخر لينتفع به الموجودون

والمعدومون ، وان لم يفسخ فقد صار بدل الوقف أحسن منه لكونه يساوي خمسة دنانير وما اشترى بثمنه يساوي عشرين دينارا .

أما الامر الثاني : فالظاهر أنه يجب الشراء سواء طالب البطن الموجود الشراء أم لا ، ولا وجه لتقييد وجوب الشراء بصورة المطالبة كما في المتن وذلك لأن الانتفاع بالوقف وان كان حقا للبطن الموجود ولكن ليس لهم اسقاط ذلك ولو بالرضا بعدم الشراء ليقف الوقف عن الانتفاع به مدة .

وذلك لأن كون الوقف بحيث ينتفع به مع بقاء عينه مما جعله الواقف كذلك فلابدّ بحسب انشاء الواقف وامضاء الشارع له أن يجعل الوقف هكذا فما دام العين موجودة فهو وبعد تبديلها بالعين الاخرى فلابد وان يجعل بدله هكذا وان لم ينتفع البطن الموجود بنفعه أو رضى ببقائه بلا نفع فان رضايته بذلك وعدم رضايته أو انتفائه وعدمه بان لم يأخذ نفعه أصلا ليس ميزانا في المطلب ولا يوجب تغيير انشاء الواقف .

الجهة الثالثة : في جعل الثمن عند أمين مع عدم التمكن من شراء البدل فهل يجب ذلك ام لا ، بل يجوز دفعه الى الموقوف عليهم فقد عرفت أنه ذكر المصنف أنه حيث كان الوقف حقا للبطون الموجوده والبطون المعدومة وكونهم شركاء في ذلك فان وجد ما ينتفع به البطن الموجود يجب شرائه ولو بالبيع الخيارى ينتفع به الموجودين مع بقاء مال الوقف لنفع البطن المعدوم والاّ فلا يجوز دفع الثمن الى البطن الموجود ، فانه كالمال المشترك فهل يجوز دفع المال المشترك الى بعض الشركاء .

اذن فيجب وضعه عند أمين الى ان يوجد ما يمكن أن يكون بدلا للوقف فيشترى به لينتفع به البطن الموجود والبطن المعدوم .

وفيه انك عرفت في بحث الامس أن المعدومين ليس لهم حق في الوقف

اصلا فضلا عن كونهم شريكا فيه وانما العين الموقوفة ملك للموقوف عليهم.

نعم، فالواقف بحسب انشائه جعله للبطون المعدومة على تقدير موت البطون الموجودة وبقاء العين الموقوفة فليس لهم الاحق تقديرى وتعليقى وعليه فيجب دفع الثمن الى البطون الموجودة لكونهم مالكين له والناس مسلطون على اموالهم.

نعم، لو كان الثمن فى معرض الخطر مع الدفع اليهم، بل يجعل عند امين ولكنه ليس مختصا بثمن الوقف، بل الأمر كك فى أصل الوقف ايضا، بل فى كل من كان الوقف فى يده ولو كان ناظرا وخيف منه لكونه غير مبالى فى الدين وأكل اموال الناس والموقوفات فانه حينئذ يجب استنقاذ الوقف منه ووضعه عند أمين.

قوله: نعم لو رضى الموجود بالاتجار به وكانت المصلحة فى التجارة جاز مع المصلحة الى ان يوجد البدل.

أقول: لا شبهة فى جواز الاتجار بثمن العين الموقوفة ما لم يوجد البدل مع رضاية الموقوف عليهم واما بدونها فلا، لأن الناس مسلطون على أموالهم وانما الكلام فى أنه هل يكون ربحه كمنافع العين الموقوفه للبطن الموجود أو أنه كالعين فى اشتراك البطون فيه وجهان، الظاهر هو الثانى فان الثمن كالمبيع وربحه بمنزلة جزء المبيع لا بمنزلة منفعته فلا يختص بالبطن الموجود فهذا نظير اعطاء الوقف الذى يساوى بعشرة دنانير وأخذ شىء أخر بدله الذى يساوى بخمسين دينارا فان ما يحاذى بخمسين قائم مقام مايحاذى بعشرة فيكون كله وقفا كالمبدل وليس ذلك مثل الايجار فان الاجره من منافع العين الموقوفة فتكون ملكا طلقا للموقوف عليهم.

قوله: ولو كان صرف ثمنه فى باقية بحيث يوجب زياده منفعه جاز.

أقول : من جملة ما ذكره المصنف من الفروع أنه اذا خرب مقدار من الوقف وبقي المقدار الاخر كالنصف فبيع النصف الخراب فهل يجوز صرف ثمنه فى النصف الاخر ليوجب زيادة النفع أم لا ؟ فاختار المصنف جواز ذلك .

و حاصل كلامه : أنه اذا خرب نصف الوقف مثلا وبقي النصف الاخر بحيث يمكن الانتفاع بهذا النصف على النحو السابق ، ولكن اذا صرف ثمن نصف الخراب فى النصف الباقي يزيد الانتفاع بذلك النصف الباقي كنحو السرداب وازدياد القبة للدار فهل يجوز صرفه فيه أم لا ؟ الظاهر هو الجواز ، فان الواقف بحسب انشائه جعل هذه الأرض وقفا بحيث ينتفع بها مع بقاء عينها واستفدنا ايضا من القرائن المحفوفه بكلامه كونه دائميا الى أن يرث الله الأرض ومن فيها و عليه فلا يفرق فى حال الواقف ولا فى حال الموقوف عليهم تبديل ثمن النصف الخراب بشيء يكون له نفع فى كل شهر مثلا عشره دنانير أو صرفه فى النصف الباقي لتكون اجارته بخمسين دينارا و الحال أن الاجرة كانت قبل التعمير أربعين أو أقل غاية الامر مع رضاية الموقوف عليهم لما عرفت من كون الثمن ملكا لهم فلا يجوز التصرف فى مال غيره الآ برضايته وماقلنا بكونه دائميا بالقرائن فهو محقق هنا أيضا لانا لو اشترينا بالثمن شيئا يكون عينا موجودا و اذا صرفناه فى التعمير فيكون ايضا عينا موجودا غاية الأمر يكون فى الاول بعنوان الاستقلال وفى الثانى بعنوان الجزئية فهو لا يفرق فى المطلب فانه على كلا الفرضين ايضا يجوز تبديله بشيء آخر ليكون قابلا للبقاء .

نعم ، لا يجوز صرف الثمن فى التعميرات التي ليست لها عينية كالتزئينات ونحوها بحيث لا يمكن تبديلها مع الاندراس ، واما مثل الاجر و الاخشاب والحديد فلامانع منه ، فانه يمكن تبديلها بعد الاندراس ايضا .

ومن هنا يعلم انه يجوز صرفه فى الوقف الاخر هكذا الذى كان وقفا لهؤلاء الموقوف عليهم لعدم الفرق فى ذلك لحصول غرض الواقف بحسب انشائه وغرض الموقوف عليهم كما اذا وقف الواقف دارا ودكانا فخرب نصف الدار فبيع فيجوز صرف ثمنه فى النصف الباقى للدار وفى الدكان بحيث فى أى منهما صرف يزداد نفعا .

قوله : ولو خرب بعض الوقف وخرج عن الانتفاع وبقى بعضه محتاجا الى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة .

أقول : ذكر المصنف هنا فرعا ورتب عليه فرعا آخر ، فحاصل ماذكره أنه لو خرب نصف الدار الموقوفة وبقى الاخر بحيث يمكن الانتفاع به فعلا ولكن لا يمكن الانتفاع به بعد عشرين سنة ولكن ينقرض البطن الاول الى تلك المدة وينتقل الوقف الى البطن الثانى فهل يجب صرف ثمن نصف الخراب فى النصف الباقى وتعميره حتى يستمر الى ان يمكن للبطن الثانى الانتفاع به أم لا ؟ الظاهر انه لا يجب الا اذا شرط الواقف تعمير الموقوفة من منافع الوقف فيكون الزائد للموقوف عليهم ، بل لا يجوز بدون رضاية الموقوف عليهم لما عرفت من كونه ملكا لهم فلهم تبديله بشىء آخر لينتفعوا به فعلا ، وأما حفظ الوقف للبطون اللاحقة لينتفعوا به هؤلاء ايضا فليس بواجب فان نسبة البطن الاول الى البطن الثانى كنسبة الجوار والاجانب الى البطن الثانى فهل يتوهم أحد أنه يجب تعمير الاوقاف التى كانت فى معرض التلف فليس كك فالموقوفة فعلا ملك للبطن الاول فلهم الانتفاع به وليس للبطن الثانى حق فيها الا الحق التقديرى بحسب انشاء الواقف كما عرفت ، فبأى دليل يجب أن يصرف البطن الاول أموالهم فى حفظ أموال المعدومين مع أن حقيقة الوقف التى تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة موجودة فعلا ، نعم لو كان

الوقف غير منتفع به بالفعل فيجب التعمير والصرف لتحقق غرض الواقف و لكن ليس الامر كك ، نعم يجب صرفه فى التعميرات الجزئية التى يترتب على عدمها خراب الوقف كما اذا سقط ميزاب الدار أو حصل ثقب فى سقفه فانه لو لم يعتمر ذلك لا نجز بنزول المطر الى خراب الوقف وانهدامه و عدم امكان انتفاع البطن الموجود ايضا فمثل هذه الامور التى لا يحتاج الى مؤنه زائدة بل الى عشرة فلس مثلا يجب ، بل يمكن ان يقال أنه على هذا شرط الواقف فى ضمن العقد فانه لو لم يجب تعمير مثل هذه الامور من منافع الوقف الانهدم فى مدة قليلة وخرب وهذه خلاف كونه ابديا .

وبعبارة أخرى تارة يكون الخراب مستندا الى الامور الجزئية كما تقدم فلاشبهة فى وجوب التعمير وصرف مقدار من المنافع فيموأخرى يكون مستندا الى الكون والفساد اذ من البدهى أن الموجودات الخارجية لاتبقى بحسب طبعها أزيد من المقدار المتعارف فانها بالاخرة تكون فانيه حسب طول المدة ومرور الزمان فهذا لا دليل على وجوب التعمير حتى يستمر مدة البقاء حتى يصل الى البطون اللاحقة .

ثم رتب المصنف على هذا الفرع أنه لو احتاج اصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة الى صرف منفعة الحاضرة التى يستحقها البطن الموجود فهل يجب صرفها فيه أم لا ؟ فظهر حكمه من الفرع المتقدم وعلم أنه لا يجب حفظ المال المعدومين للموجودين بصرف مالهم فى حفظه والاّ لوجب لجميع الناس حفظ الاوقاف للبطون اللاحقه بل حفظ المال للوارث اذ لاخصوصية للوقف بعد كون منفعته للحاضرين ملكا طلقا الآن يشترط الواقف اخراج مؤنة الوقف عن منفعته قبل قسمة الموقوف عليهم .

ثم ذكر المصنف أن هنا فروعا يستخرجها الماهر.

فنذكر فرعين مهمين منها :-

الاول: أنه لو كان الوقف فى موضع لا يتمكن الانتفاع للموقوف عليهم وان امكن لغيره كما اذا كان معرض الاستملاك للحكومة فدار الامر بين ذهابه بان يستملكه الغاصب جورا استملاكا مجانيا أو يباع بثمن فيشترى شىء آخر بدله لينتفع به الموقوف عليهم فلاشبهة فى جواز بيع الوقف، بل وجوبه و اشتراء شىء آخر بدله اذ عرفت سابقا أنه لاخصوصية للخراب، بل يسوّغ بيعه اذا عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به وايضا عرفت أن مقتضى الانشاء للواقف هو أبدية الوقف فلو لم يبع لا يكون دائميا وهذا اذا وقعت الدار الموقوفة فى شارع الحكومية فذهب نصفها فى الشارع أو لم يذهب اصلا و لكن كان بناء الحكومة أخذها فى أطراف الشارع كلها اما بالثمن لو رضى المالك أو مجانا جبرا له ان لم يرض فانه ح لو لم يبيع الوقف سيملكها الحكومة مجانا فيجب بيعه لئلا يذهب الوقف.

وبالجملة فيجوز بيع الوقف فى كل مورد بقيت العين الموقوفة على حالها ولكن لا يمكن للموقوف عليهم الانتفاع بها وان انتفع غيرهم فانه ح يجوز بيعها.

الثانى : انه لو علم بزوال الوقف بعد مدة لا يمكن الانتفاع به للموقوف عليهم حتى البطن الاول كما اذا اوسع شارع فوقعت الدار الموقوفة فى وسط الشارع بحيث لا تبقى منها شىء وليس لها تابوء وقبالة رسمية حتى يؤخذ ثمنه ولكن لا يلتفت الى ذلك أحد فوجد مشتر لها فهل يجوز بيعه أم لا الظاهر انه يجوز، بل يجب لماعرفت من عدم الخصوصية للخراب، بل المناط سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بها مع ماعرفت أن القرينة تقتضى دوام الوقف فلو لم يبع لا يكون للوقف دوام فيجب البيع وتبديله بشىء آخر ليدوم

الوقف وتحفظ حقيقة الوقف على ما انشائها الواقف بحسب انشائه وهنا فروع آخر فيتضح حالها بالتأمل .

قوله : الصورة الثانية ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به .

أقول : قد عرفت ان المصنف ذكر هنا صورا ، الاول ماتقدم الكلام فيه وهو ماكان الوقف خرابا بحيث خرج عن الانتفاع به حتى بالدقة العقلية كالشاة المذبوح والحصير البالي والجذوع العتقة فانها لا ينتفع بها ببقائها بوجه بل نفعها باعدامها والآ فاللحم الباقي ينتن فلايكون قابلا للانتفاع به و هكذا الأمور الاخر وقد عرفت جواز البيع في هذه الصورة وعدم شمول الادلة المانعة عن بيع الوقف على ذلك ، بل يباع ويبدل بشيء آخر ليكون قابلا للانتفاع الى الأبد فان حقيقة الوقف بذلك ويكون العين حبسا والثمرة تسبيلا كما هو واضح .

ثم ذكر الصورة الثانية وهي ان يخرب الوقف بحيث يسقط عن الانتفاع معتد به بحيث يصدق عرفا أنه لا منفعة فيه ، وان كان له نفع بحسب الدقه العقلية ثم فصل في هذا القسم بين مايكون الوقف بحيث لا يقال بهذا النفع لقلته فيكون هذا مما يجوز بيعه لانصراف الادلة المانعة عن بيع الوقف عن ذلك وبين لا يكون كك ، بل يقال في العرف ان لهذا العين منفعة و لكن قليلة بالنسبة الى العين قبل تلك الحالة فهذا لا يجوز بيعه لعدم الوجه عن صرف الادلة عن ذلك .

ثم ذكر صورة ثالثة وهي ان يخرب الوقف بحيث يقل نفعه لا أنه ينتفي نفعه بالكليه كما في الصورة الاولى ، ولا أنه قلت بمرتبة ليلحق بالمعدوم كما في الصورة الثانية ، بل تقل منفعته بالنسبة الى المنفعة قبل عروض تلك الحاله

أقول : لم يتحصل لنا شيء مما ذكره المصنف في الصوره الثانية ، وذلك

لانه ان كان مراده من الصورة ماكان الوقف ساقطا عن المنفعة العرفية لاجل الخراب بحيث لم تبق للعين فى نظر العرف منفعة أصلا ، بل صارت عديم النفع وان كان لها نفع بحسب الدقة العقلية كما اذا وقف الواقف سريرا وسقط عن السريرية بحيث لا ينتفع به عرفا بعنوان السريرية ولكن يمكن الانتفاع به بوضعه على وراء الباب ليمنع عن السارق أو يذاب حديدة و ينتفع فى مورد آخر أو يجعل شباكا على السطوح ونحوها ولكن لا يعد شىء منها من منافع السرير وكذا لو وقف حمارا لينتفع به فى الحمل والركوب ولكن سقط عن الانتفاع به لاجل السيارات ومع ذلك يمكن الانتفاع به بان يسدّ فى مجراء الباب ليمنع عن السارق فلايقال أن هذا منفعة الحمار وغرض الواقف من حبس العين وتسبيل الثمرة شامل لذلك وحينئذ فيكون الفرق بين هذه الصورة والصورة الاولى هو أن فى الصورة الاولى فقد سقطت العين عن الانتفاع بها بالكلية بخلاف هذه الصورة فان للعين منفعة بحسب الدقة العقلية فان كان مراده من الصورة الثانية هو ذلك فلاوجه للاستدراك ثانيا فى هذه الصورة بقوله ، نعم لو كان قليلا فى الغاية بحيث يلحق بالمعدوم وامكن الحكم بالجواز لانصراف قوله(ع) : لا يجوز شراء الوقف الى غير هذه الحالة .

فانه لا وجه للاستدراك بعد ماكان الغرض من الصورة الثانية هو ذلك وان كان مراده من هذه الصورة سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بها لا مطلقا بحيث تعد فى نظر العرف مسلوبة المنافع ، بل تقل منفعته كما اذا كانت دار موقوفة وكانت تستأجر فى كل سنة بمائة دينار الآ أنه عرض لها الخراب فتستأجر بخمسين دينارا ومع ذلك فلا ينكر أحد أن الدار مما لا منفعة فيها ، نعم قد قلت منفعته وحينئذ فالفرق بين هذه الصورة والصورة

الاولى من الوضوح بمكان وان كان مراده ذلك من الصورة الثانية فلا وجه لذكر الصورة الثالثة فانها عين ذلك ٠

وبعبارة أخرى لا وجه لجعل الصورة الثانية صورتين لأنها اما عين الصوره الثالثة أو غيرها فيكون قسما فى مقابلها ، بل يراد من الصورة الثانيه هو الشق الاول اعنى ما ذكره المصنف بعنوان الاستدراك فيكون مقابلا للصوره الاولى والثالثة ولا شبهة فى جواز بيعه ايضا فلا يعد هذه المنفعة لاحقة بالمعدوم من المنافع للوقف فى نظر العرف ولا تشمله الادلة المانعة عن بيع الوقف خصوصا قوله (ع) ولا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك فتكون عمومات صحة البيع محكمة وقد عرفت فى الصورة الاولى أيضا أن أدلة المنع منصرفة عن عين الموقوفة اذا صارت عديم النفع ، بل لا يشمل ذلك مفهوم الوقف ايضا فانه انما يشمل ما تكون العين ذا منفعة ليصدق عليها حبس العين و تسبيل المنفعة كما هو واضح ٠

ثم ان المصنف قد ذكر هنا امرين احدهما ما تقدمت الاشارة اليها سابقا من قول صاحب الجواهر ببطلان الوقف مع جواز بيعه ، وقال انه قد عرفت انه لا وجه لبطلان الوقف ، ثم ذكر صاحب الجواهر أن وجه بطلان الوقف فى الصورة الاولى بفوات شرط الوقف المراعى فى الابتداء والاستدامه وهو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها ثم اشكل على هذا ايضا من انه عرفت سابقا أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا وجه له في الوقف المؤبد مع انه لا دليل عليه مضافا الى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور فى الاستدامة فان الشرط فى العقود الناقله يكفى وجودها حين النقل ، فانه قد يخرج المبيع عن المالية ولا يخرج بذلك عن ملك المشترى مع أن جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان ، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم الى الجواز ٠

أقول : كان المناسب أن ينقل المصنف هذا الكلام لصاحب الجواهر فى الصورة الاولى كما نقله كله فى أصل بطلان الوقف بجواز البيع فيها و كذلك كان المناسب ان ينقل كلامه الاتى أعنى الامر الثانى فى الصورة الاولى وكيف كان فكلام صاحب الجواهر متين ولا وجه لما أورده المصنف عليه ، أما قوله ببطلان الوقف بجواز البيع فلما تقدم من انه هو الحق غاية الامر أن المراد بالبطلان هو البطلان من جهة البيع فقط ، وأما الجهات الاخر من الهبة واعدام الوقف والتصرف فيه بما ينافى الوقف فلاوجه للبطلان .

نعم ، لوكان مراد صاحب الجواهر هو البطلان من جميع الجهات ، بحيث يعود الوقف الى ملك الواقف وينقل الى الورثه لو مات الواقف فلا وجه له اذ لا مقتضى ولا دليل على ذلك فان الواقف بعد ماجعل ماله وقفا وحبسا أبديا كما استفدنا ذلك من القرائن الموجودة فى عبارة الواقف فبأى دليل يعود الوقف الى ملك الواقف أو وارثه .

ولكن تقدم أن هذا ليس مما يحتاج الى النظر فضلا عن امعان النظر وانما المحتاج الى ذلك هو ما ذكرناه أى البطلان من جهه البيع فقط ، بل هذا مقوم لدوام الوقف وبقائه الى الأبد والآفيكون الوقف منعدما فى مده قليلة بحسب مقتضى الكون والفساد كما هو كك فى جميع الأوقاف ، وان كانت العرصة باقية فى وقف الدار ونحوها كثيرا .

واما ماذكره (ره) من انكار كون الوقف مشروطا ببقائه على كونه قابلا للانتفاع به ايضا ليس بصحيح فان عمدة ماذكره من الاجوبه هو مامنعه من كون الشرط شرطا فى الاستدامة قياسا له بالبيع اذا خرج المبيع عن الماليه وأنه لاوجه لبطلان الوقف وانقلابه الى الفاسد بعد انعقاده صحيحا .

والوجه فى ذلك هو أنك عرفت أن حقيقة الوقف عبارة عن حبس الأصل

وتسبيل الثمرة وعليه فاللازم انتهاء أمد الحبس بانتهاء الثمرة اذالحبس لاجل التوصل الى غاية لا يعقل بقائه بعدعدم امكان التوصل الى الغاية و الآ لم يكن الباقى حبسا لتسبيل الثمرة فوقفية الوقف يقتضى كونه مما ينتفع به دائما فمادام شخصه موجودا ينتفع بشخصه فيكون شخصه ملكا للموقوف عليهم فاذا سقط شخصه عن النفع فيباع ويشترى شيء آخرفيكون ملكا للطبقة الاولى من الموقوف عليهم ، ثم للطبقة الثانية منهم ، فهذا لا يمكن الا بالبيع بعد سقوطه عن الانتفاع به ولا يعقل كونه وقفا من دون أن يكون فيه نفع كما لا يعقل كونه وقفا ما لا نفع فيه حدوثا ، بل لو كان الوقف تمليكا كما هو كذلك ، لكان تمليكا للعين توصلا الى ملك المنفعة ولا يعقل بقاء هذا المعنى مع عدم المنفعة رأسا ومثله لا يحتاج الى دليل تعبدى ليقال بأنه لا دليل عليه وليس من قبيل انقلاب شيء عما هو عليه ، بل من انتهاء أمد الصحيح ولا أنه من الوقف المنقطع ليقال بأنه خلف ، بل يلزم عليه أن يكون جميع الاوقاف منقطعا لانقطاع امدها بسقوطها عن الانتفاع بها بحسب اقتضاء الكون والفساد ·

وبالجملة ان الكلام فى الوقف المؤبد ولا شبهة أن بطلان الوقف فى مرتبة ومن جهة لا يمنع عن بقاء الوقف فى العين بما هو مال ولزوم حفظ ماليتفى ضمن البدل يستمر الوقف باستمراره ، بل لو زال الوقف بالكلية بحسب الكون والفساد وأيضا لا يكون من الوقف المنقطع اذ لا توقيت فى ذلك بوجه والآ فيكون حبسا وخارجا عن حقيقة الوقف ·

وأما قياس المقام بالبيع من جهة أن الانتفاع بالمبيع وكونه مالا لا نعتبر فى صحة البيع الآ حدوثا وكك فى المقام فمن عجائب المصنف اذ عرفت مما ذكرناه أن حقيقة الوقف عبارة عن حبس الأصل وتسبيل الثمرة فبانتفاء

الانتفاع تنتفى الوقفية فكما لا معنى لوقف عديم الانتفاع حدوثا ويعتبر كون الوقف ذا نفع ابتداء وكذلك يعتبر كونه ذا نفع بقاء ٠

وبالجملة الوقفية تدور مدار كون العين الموقوفة ذا نفع حدوثا و بقاء و بانتفاء نفعها تنتفى الوقفية ولا يبقى لها موضوع فانه لا يعقل بقاء الشىء بعد انتفاء حقيقته ٠

وهذا بخلاف البيع فانه لو اعتبر المالية فى صحته انما تعتبر حدوثا و أما بقاء فلا يعتبر كونه مالا ، بل مادام مالا فيكون من أمواله فاذا زالت المالية عنه بانتفاء منافعه فيكون من أملاكه ، ومع زوال ملكيتها يضافيكون متعلق حقه فليس كون المبيع للبايع بقاء متقوما بالمالية فلا يقاس بالوقف الذى قوامه بامكان الانتفاع من العين الموقوفة كما هو واضح ٠

ومن هنا ظهر بطلان ما أفاده من الوجوه الأخر ايضا وأنه لا مانع من الالتزام بجواز البيع ولا تشمله أدلة المنع خصوصا قوله (ع) : ولا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك ٠

الأمر الثانى : أنه نقل المصنف عن صاحب الجواهر أنه قد يقال بالبطلان ايضا بانعدام عنوان الوقف فيما اذا وقف بستانا مثلا فلاحظ فى عنوان وقفه البستانيه فخربت حتى خرجت عن قابلية ذلك ، فانه وان لم تبطل منفعتها أصلا لامكان الانتفاع بها دارا مثلا ، لكن ليس من عنوان الوقف واحتمال بقاء العرصة على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف وهى باقية وخراب غيرها وان اقتضى بطلانه لا يقتضى بطلانه ايضا يدفعه أن العرصة كانت جزء من الموقوف من حيث كونه بستانا لا مطلقا فهى حينئذ جزء عنوان الوقف الذى فرض خرابه ولو فرض ارادة وقفها ليكون بستانا أو غيره لم يكن اشكال فى بقائها لعدم ذهاب عنوان الوقف ، وربما يؤيد ذلك فى الجملة ما ذكروه فى باب الوصية من

أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصية لانتفاء موضوعها نعم لو لم يكن الدارية والبستانية ونحو ذلك مثلا عنوانا للوقف وان قارنت وقفه، بل كان المراد به الانتفاع به فى كل وقت على حسبما يقلبه لم يبطل الوقف بتغيير احواله.

ثم ذكر فى عود الوقف بعد البطلان الى ملك الواقف أو وارثه على تقدير موته أو الموقوف عليه وجهين.

واشكل عليه المصنف أولا بالاجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع، وان اختلفوا فيه عند الخراب أوخوفه لكنه غير تغيير العنوان.

وثانيا: أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان لأنه ان أريد بالعنوان ماجعل مفعولا فى قوله وقفت هذا البستان، فلا شك أنه ليس الاكقوله بعت هذا البستان أو وهبته، فان التمليك المعلق بعنوان لا يقتضى دوران ملك مدار العنوان فالبستان اذا صار ملكا فقد ملك منه كلّ جزء خارجى وان لم يكن فى ضمن عنوان البستان وليس التمليك من قبيل الاحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات، وان أريد بالعنوان شيء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم ولا بدّ من بيان المراد منه هل يراد مااشترط لفظا أو قصدا فى الموضوع زيادة على عنوانه.

وأما تائيد ماذكر بالوصية فالمناسب أن يقاس ما نحن فيه بالوصيه بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصى بموته وقبول الموصى له فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصه، وانما البستان ملكه الموصى له بجميع خصوصياته من العرصة والاشجار وغيرهما من الاجزاء وكذلك الوقف لا يبطل بصيرورته عرصة وزوال عنوانه، نعم الوصيه قبل

تمامها يقع الكلام فى بقائها وبطلانها من جهات أخر غير مربوط بما نحن فيه .

ثم ماذكره من الوجهين مما لا يعرف له وجه بعد اطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده اليه أبدا ، هذا ماذكره المصنف فى جواب صاحب الجواهر وهو متين .

ولشيخنا الاستاذ تفصيل فى المقام وقال ثم ان ماذكرناه من عدم جواز بيع العين الموقوفة اذا لم يلحق قلة الانتفاع بها بالعدم ، انما هو اذا بقيت الصورة النوعية للعين الموقوفة وأما اذا تبدلت بصورة أخرى فيجوز بيعها وان لم تلحق بالعدم ولا يبعد أن يكون كلام الشيخ ناظرا الى هذا المعنى فان النخلة الموقوفة اذا قلعت تعد عرفا مباينة للنخلة لانها عبارة عن الشجرة لا المادة المشتركة بينها وبين الجذع والخشب و بطلان الصورة النوعيه عبارة أخرى عن خراب الوقف وسيجىء انشاء الله تعالى فى باب الخيار ، أن مناط مالية الاموال ، انما هو بالصورة النوعية لا المادة المشتركه ثم المدار فى الصورة النوعية العرفية العقلية فاذا تبدلت الصورة النوعيه التى تعلق الوقف بها يبطل الوقف ويبقى ذات الجسم فيباع ، ولا يقاس انهدام الدار على زوال صورة الشجرة فان الدار مركبة من البناء و الارض وانهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأسا لبقاء العرصه .

و بالجملة حيث ان قوام الوقف بأمرين بقاء العين الموقوفة وكونها ذات منفعة لأنه عبارة عن حبس العين وتسبيل الثمرة فكما يجوز بيعها اذا لم تكن لها منفعة أصلا فكذلك يجوز بيعها اذا لم تبق صورتها العينيه التى هى أحد ركنى الوقف .

أقول : ماذكره المصنف وارد على شيخنا الاستاد أيضا ، وتوضيح ذلك

أن العناوين والصور النوعية عرفية كانت أو عقلية وان كانت موجبه لشيئيه الاشياء فى نظر العرف والعقل ، الآ أنها لا تقابل بالمال بوجه وانما هى دخيلة فى زيادة المالية للمادة ولذا لا يجوز بيع الصور بدون المادة لعدم الانفكاك وقد مرّ فى بعض المباحث فى المكاسب المحرمه وسيأتى فى باب الخيارات انشاء الله ، أن الاوصاف التى لها دخل فى زيادة الماليه وتعد فى نظر العرف من الصورة النوعية اذا وقعت عليها المعاملة وظهر خلافها فتكون المعاملة فسادة فان وقع عليها المعاملة يعد فى نظر العرف مغائرا لما ظهر وان كانا من جنس واحد كما اذا وقعت المعاوضه على الفراش المنسوج بنسج وظهر المبيع الفراش المنسوج بنسج آخر يغائر فى نظر العرف أو باع عبدا فظهر أمة أو باع كأسا وظهر قدرا أو باع سكينا وظهر مسمارا أو باع ساعة وظهر قطعة حديد ، أو باع صندوقا وظهر طبلا فان فى جميع ذلك يبطل البيع لان ماوقع على البيع غير مقصود وما هو مقصود لم يقع عليه البيع وأن كانا فى الحقيقة من جنس واحد الآ أن العرف يراهما شيئين متبائيين فان الرجولة والانوثة وان كانتا من جنس واحد الآ أن العرف يراهما متبائينن كما هو واضح .

و ليست المعاملة فيها واقعة على نفس تلك الأوصاف اذ لا يعقل الانفكاك بين المادة والصورة ، بل المعاملة واقعة على المادة والصور موجبه لماليتها بحيث لو ذهبت هذه الصورة عن تلك المادة أى الجسم لا المادة الهيولانى المحفوظة فى جميع الأشياء وتبدلت بصورة أخرى مغائره للاولى لم تبطل البيع فان نفس المادة قد وقعت متعلقة للبيع وتعنون الأشياء بتلك الصورة لا توجب وقوع المعاملة على نفس العناوين فانها أعراض لا تقبل الانفكاك

ولا يكون كونها عناوين للاشياء موجبا لكونها محطا لجميع الاحكام تكليفيه أو وضيعية بحيث تكون مملوكة وقابلة للتمليك كما هو واضح ، وبالجمله الصور النوعية العرفية واسطة لوقوع المعاملة على المواد لكونها سببا لماليتها لا أن نفسها من الاموال .

اذا عرفت ذلك فالحكم فی الوقف ايضا كك فانه اذا وقف عبدا أو كأسا أو دارا أو دكانا فالظاهر من ذلك أن نفس تلك الاشياء بموادها موقوفه وان كانت ماليتها بصورها النوعية العرفية ولا تدور الوقفية مدار نفس الصور والعناوين لعدم انفكاكها عن المواد ولا يمكن وقوع المعاملة عليها بنفسها من الهبة والصلح والبيع كما هو واضح ، وعليه فازالت الصورة النوعية لم تزل الوقفيه بل تكون المادة التی معنونة بعنوان ايضا وقفا وان لم ينتفع عنها نفعا كالانتفاع منها مع الصورة الزائلة .

نعم ، تزول الوقفية بزوال الصورة والمادة كليتهما اذ ليس المراد من المادة هی الهيولی لتكون محفوظة فی ضمن شیء من الاشياء وان كان فی ضمن التراب ، بل المراد منها هنا هی المادة العرفية أعنی الجسم الذی كان معنونا بعنوان ولا شبهة أنه ينتفی كانتفاء صورته .

وعلى هذا فاذا وقف شيئا وكان مفعول قوله عنوان ذلك الشیء بان قال وقفت البستان الفلانی أو الدار الفلانية أو النخلة الفلانية فلا شبهة أن الوقف هی ذات هذه العناوين المعنونة بها وانما تلك العناوين معرّفات اليها ومقومات لماليتها وليس لنفس تلك العناوين بحسب نفسها مالية تكون وقفا منفكة عن المادة بحيث تدور الوقفيّة مدار نفس العنوان فاذا زالت زاله الوقف واذا ذهب عنوان البستان وعنوان الدار وعنوان النخلة كانت عرصه البستان وعرصة الدار والنخلة المقلوعة غير وقف ، بل باقيا فی ملك الواقف ،

بل العنوان فى المركبات الاعتبارية لا ينتزع الا من أمور متعددة فينحل الى أمور عديدة كعنوان الدار فان الدار ليست الآمركبة من العرصة والقبب و الجدران و هكذا البستان فمعنى وقف الدار ليس الآ وقف الارض و تلك القبب و معنى وقف البستان ليس الآ وقف الاشجار والعرصة فلا يعقل لوقف العنوان فقط معنى محصّل ٠

و بالجملة لا نعقل معنى محصّلا لوقف العنوان المجرد بل وقف العنوان عين وقف ذى العنوان فكما أن فى المركبات الحقيقة لا تنفك الصورة النوعيه عن المادة لكونها متحدة فى الخارج حقيقة وكك فى المركبات الاعتباريه كالدار والبستان فان العنوان فى ذلك كله أيضا ليس موضوعا للحكم بمعنى كونه وقفا خاليا عن المواد ٠

وبعبارة أخرى اذا وقف الواقف نخلة لأشخاص فنسئل أنه هل بقى فى ملك الواقف منها شىء أم لا فان بقى ذات النخلة فى ملك الواقف لتكون له بعد قلعها فلامعنى لكون النخلة للموقوف عليهم كما هو المفروض وان لم يبقى فى ملك الواقف شىء فبعد زوال عنوان النخلية و صيرورتها خشبة فلماذا صار ملكا للواقف٠

الكلام فى الصورة الثالثة

قوله الصورة الثالثة أن تخرب بحيث يقل منفعته لكن لا الى حد يلحق بالمعدوم٠

أقول : لوخرجت العين الموقوفة عن الانتفاع بها على الوجه الاول بان قلت منفعتها كما اذا كانت الدار تستأجر بمائة وانما تستأجر فعلا بخمسين اما لخراب فيها أو لنقص نفعها فهل يجوز بيعها فذهب جمع الى المنع

كالمصنف وغيره وفى محكى الخلاف الجواز البيع محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها الآ على هذا الوجه كما فى مسألة النخلة المنقلعة ·

والظاهر أنه لا يجوز من جهة أنه يجوز الانتفاع من النخلة المقلوعة فى التسقيف ونحوه ولا نتصور وجها لجواز بيع الوقف هنا بوجه بعد ما كانت حقيقة الوقفية محفوظة أعنى حبس العين وتسبيل الثمره فان النفع موجود فى ذلك وتشملها الادلة المانعة عن بيع الوقف فانه لا مانع من شمول قوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف وقوله(ع) (١) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها على ذلك ·

وبالجملة أن مقتضى حقيقة الوقف ومفهومه ابقائه على حاله اذا امكن الانتفاع به وزوال بعض المانع لا يستلزم جميعها فان مثل النخلة المقلوعة يجوز الانتفاع بها بالتسقيف ونحوه ، وعليه فتشمله الأدلة المانعة عن بيع الوقف ·

الكلام فى الصورة الرابعة

قوله : الصورة الرابعة أن يكون بيع الوقف انفع وأعود للموقوف عليه ·

أقول : والمشهور ، بل المجمع عليه فى هذه الصورة عدم جواز البيع بل لم ينسب الخلاف الآ الى المفيد والعلامة لم يرض بهذه النسبة أيضًا فأول كلامه ومعنى كون البيع انفع كون ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجا وكيف كان فلا اشكال فى المنع لوجود مقتضى للمنع وهو وجوب العمل على طبق انشاء الواقف لقوله(ع) لا يجوز شراء الوقف ولا تدخال الغلة فى ملكك ·

وقوله(ع) الوقف على حسب مايقفها أهلها نعم وقد استدل على الجواز بروايتين :ـ

الاول : رواية(١) جعفر بن حيان وفى المتن حنان قال سألت أبا عبد الله(ع) عن رجل وقف غلة له على قرابته من ابيه وقرابته من أمه ، و أوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلة ليس بينه و بينه قرابة ثلثمائة درهم فى كل سنة ويقسم الباقى على قرابته من ابيه وقرابته من أمه ، فقال جائز للذى أوصى له بذلك ، قلت أرأيت ان لم تخرج من غلة تلك الارض التى أوقفها الا خمسمائة درهم ، فقال أليس فى وصيته أن يعطى الذى أوصى له من الغلة ثلثمائة درهم ويقسم الباقى على قرابته من أبيه و قرابته من أمه ، قلت نعم ، قال ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئا حتى يوفى الموصى له ثلثمائة درهم ثم لهم مايبقى بعد ذلك ، قلت أرأيت ان مات الذى اوصى له قال ان مات كانت ثلثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم فأما اذا انقطع ورثة لم يبقى منهم أحد كانت ثلثمائة درهم لقرابة الميت يرد مايخرج من الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك مابقوا وبقيت الغلة ، قلت فللورثة قرابة الميت أن يبيعوا الارض اذا احتاجوا لم يكفهم مايخرج من الغلة ، قال نعم اذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم باعوا ، فان ظاهر الذيل هو جواز بيع الوقف اذا كان البيع انفع فتكون شاهدة لجواز البيع فى الصورة الرابعة .

وفيه أنه لا يجوز الاستدلال بهذه الرواية على جواز البيع من وجوه :

الاول : أن الرواية ضعيفة السند اذ لم يثبت فى الرجال مدح لجعفر بن حيان ولا وثاقته ، فغاية الأمر امامى وأما مافى المتن من ذكر الحنان بدل الحيان فلم يذكر فى الرجال أصلا فالرواية لا يمكن الاستدلال بها على الجواز .

(١) وسائل : ج ١٣ ص ٣٠٦

الثانى : أنها مضطربة متنا لا شتمالها على الجمع بين الوقف و الوصيه و من الواضح أنه مع الوقف لا تجوز الوصية على الوقف لكونه ملكا للموقوف عليهم فليس له التصرف فيه وتمليكه أو تملكه لكون ذلك كلّه على خلاف مقتضى انشاء الوقف من حبس العين وتسبيل الثمرة الاّ أن تحمل الوصية على الاشتراط فى متن العقد بان وقف وأوصى فى متن الوقف أن تكون ثلثمائة درهم من غلته لرجل ولعقبه ليس بينه وبينه قرابة ثلثمائة درهم فيكون الايصاء على مقتضى الشرط فى الوقف الاّ أنه خلاف الظاهر من الروايه ، بل الظاهر منها اجتماع الوقف والوصية فيكون ذلك موهنا لها .

الثالث : أنها تدل على أنه ليس لقرابة الواقف أن يأخذوا حقهم اذا خرجت من الأرض خمسمائة درهم حتى يوفى الموصى له ثلثمائة درهم ، ثم لهم مايبقى بعد ذلك مع أنه على خلاف القواعد أيضا ، فانه لماذا ليس لهم أخذ حقهم الاّ بعد اخراج حق الموصى له ، بل يجوز اخراج حقه وتقسيم الباقى لاقرباء الموصى ، أى الموقوف عليهم ، فان كون ثلثمائة درهم من الغلة للرجل الاجنبى بعنوان الاشتراط وتمليك له من ملكه فلايتوقف على اطلاع الموقوف عليهم وحضورهم لأنه ليس بعنوان المشاع حتى يتوقف على حضورهم ، نعم لوكان بعنوان الوصية لكان مشاعا .

الرابع : أنها لاتدل على المدعى فانها تدل على جواز بيع الوقف بشروط ثلاثة : الاول : عدم كفاية غلة الوقف على الموقوف عليهم أو احتياجهم الى البيع .

والثانى : رضاية الموقوف عليهم على البيع .

والثالث : كون البيع انفع وأعود لهم وبانتفاء أحد هذه الوجوه الثلاثه ينتفى جواز البيع وهذا بخلاف مفروض المقام فانه عبارة عن البيع فى فرض

الاحتياج اليه اذن فالرواية أجنبية عن المقام كما لا يخفى ،كما اشار اليه المصنف على أن ذلك مما لم يقل به أحد من الاصحاب فيكون هذا أيضا و هنا لرواية ٠

الثاني:خبر(١) الاحتجاج ان الحميرى كتب الى صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه جعلني الله فداك انه روى عن الصادق(ع) خبر مأثور ان الوقف اذا كان على قوم باعيانهم واعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه فهل يجوز أن يشترى من بعضهم ان لم يجتمعوا كلهم على البيع ام لا يجوز الاّ ان يجتمعوا كلهم على ذلك وعن الوقف الذى لا يجوز بيعه فقال(ع) اذا كان الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه واذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين انشاء الله ٠

فهذه الرواية تدل على جواز بيع الوقف اما فى خصوص ماذكره الراوى وهو كون البيع أصلح واما مطلقا بناء على عموم الجواب ولكنه مقيد بالأصلح لمفهوم رواية جعفر ،فان مفهوم قوله(ع) فيها اذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا أن البيع اذا لم يكن خيرا لهم لا يجوز ٠

أقول : أما رواية جعفر فقد تقدم الكلام فيها ،واما رواية الاحتجاج فقوله اذا كان على امام المسلمين فلا يجوز بيعه ،فالظاهر ان المراد منه عدم جواز البيع لغير الامام ،والاّ فاذا كان ملكا له فلماذا لا يجوز بيعه كما جازت له بيع سائر أملاكه وكيف كان فلا دلالة فى الرواية على المدعى لوجوه :

الاول :أن روايات الاحتجاج ضعيفة السند اذ لم يذكر السند فيها فلا تكون قابلة للاستدلال بها على المقصود ٠

الثاني : أن الرواية تدل على جواز البيع مطلقا اذا كان أصلح لهم

(١) وسائل :ج ١٣ ص ٣٠٦

سواء كان للوقف خراب أم لم يكن و من المعلوم أن بيع الوقف أصلح للموقوف عليهم فى جميع الحالات فانه فى صورة عدم جواز البيع الوقف فيرجع النفع اليهم متدرجا مع توقفه على الزحمات الكثيرة وهذا بخلاف البيع فانه حينئذ تملكون الثمن دفعة واحدة فيفعلون به مايشائون واصلحية ذلك مما لا يخفى حتى فى غير حال الخراب مع أن هذا لم يقل به أحد وتوهم تقييدها بمفهوم خبر جعفر الحيان فاسد لعدم اعتباره كما عرفت.

الثالث: أن المستفاد من الرواية جواز البيع مطلقا سواء كان أصلح لهم أو لا يكون فان الاصلحية انما ذكرت فى كلام السائل فلا يكون موجبا للتقييد والآ فالجواب مطلق ،فتكون معارضة لما دل على عدم جواز بيع الوقف على ما تقدم من قوله(ع) لا يجوز شراء الوقف الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها. وغير ذلك ،فحيث أن تلك الروايات قيدت بما دل على جواز بيع الوقف فى صورة الخراب كما عرفت فى الصورة الاولى فبانقلاب النسبة تكون الروايات المانعة أخص من رواية الاحتجاج بالعموم المطلق فتقيد بها هذه الروايه فيحكم بعدم جواز البيع الآ فى صورة الخراب بحيث سقط عن الانتفاع به فلا دلالة فيها أيضا على المدعى.

على أن ما دل على المنع مشهوره من حيث النقل و العمل فيجب الأخذ بها وترك العمل برواية الاحتجاج.

الرابع: ماذكره المصنف من أنه لو قلنا فى هذه الصورة بالجواز كان الثمن للبطن الأول البايع يتصرف فيه على ما شاء ومنه يظهر وجه آخر لمخالفه. الروايتين للقواعد، فان مقتضى كون العين وقفا مؤبدا على ما تقدم كون بدله ايضا وقفا فيكون ملكا للبطون الموجودة ما دام موجودا فيكون النفع لهم فلا يجوز لهم الهبة واعدام العين وبعد الموت يكون ملكا للبطون اللاحقه.

وبالجملة لا يجوز العمل بهاتين الروايتين بأن يفتى بهما على جواز بيع الوقف، بل لم يوجد قائل بالجواز الآ ما نسب الى المفيد وقد عرفت انكار العلامة النسبة .

الكلام فى الصورة الخامسة

قوله : الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضروره شديده .

أقول : قد جوّز بعضهم البيع فى هذه الصورة ، بل عن الانتصار والغنيه الاجماع عليه الآ أنه معارض بدعوى الاجماع على عدم الجواز على أن الاجماع المنقول ليس بحجة وربما استدل على ذلك برواية جعفر المتقدمة لقوله(ع) فيها اذا احتاجوا أو لم يكفهم مايخرج من الغلة لهم أن يبيعوا الأرض .

وفيه ماذكره المصنف وحاصله أن ظاهر الرواية أنه يكفى فى البيع عدم كفاية غلة الأرض لمؤنة سنة الموقوف عليهم وهذا أقل مراتب الفقر الشرعى و الذى يظهر من عبائر القوم الذى يجوّزون بيع الوقف عند الضروره والحاجه الشديدة لا ينطبق على هذه الرواية فان النسبة بين الحاجة الشديده و بين مطلق الفقر عموم من وجه ، فان الانسان قد يكون فقيرا ولا تكون له حاجه شديدة لكونه واجدا لما يكفيه فى ادارة شؤونه من مال الفقراء كالزكاة و الصدقات ورد المظالم ، وقد لا يكون شخص فقيرا ، بل موسرا جدا و واجدا من الاموال بما لا يعلم حسابه الآ الله ومع ذلك تتفق له الحاجه الشديده فى بعض الأوقات كما اذا كان فى بلد لا يصل الى ماله ولو بالاستقراض و لكن عنده وقف يمكن بيعه ورفع الحاجة أو فى بلده ، ولكن ليس له نقد و لا يباع متاعه واحتاجت الى النقد احتياجا شديدا وكان عنده وقف يشترونه

بالنقد فيمكن ان يقضي حاجته ببيع الوقف وقد يجتمعان فلا يمكن الاستدلال على جواز بيع الوقف للحاجة الشديدة برواية جعفر الحيان أنك عرفت آنها ضعيفة السند وغيرقابلة للاعتماد عليه فلا يكون مدركا للحكم.

الكلام في الصورة السادسة

قوله: الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أواذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطون.

أقول: فقد اختلفت كلمات الاصحاب في أنه يجوز بيع الوقف مع شرط الواقف في ضمن الوقف ذلك أو لا يجوز فقول بالجواز مطلقا وقول بعدم الجواز كك وقول بالتفصيل بينما يشترط الواقف جواز بيع الوقف عند عروض المصلحه والمجوز من الخراب ونحوه من المسوغات فقيل بالجواز وبعينما يشترط جواز البيع في غير هذه الصورة فقيل بعدم الجواز الاّ أنه ليس تفصيلا في الحقيقه فضلا عن كونه موافقا للتحقيق كما اختاره الكركي فان هذا الشرط الذي في فرض جواز بيع الوقف لا يترتب عليه أثر فانه بدون هذا الشرط أيضا يجوز بيع الوقف، نعم يكون هذا الشرط تأكيدا لجواز البيع كما هو واضح، ثم على تقدير القول ببطلان الشرط ففي كونه مبطلا للعقد وعدمه وجهان، اذن فالأقوال ثلاثة قول بالجواز مطلقا، وقول بالبطلان مطلقا ومع القول بالبطلان قول يكون الشرط باطلا فقط وقول بكونه مبطلا للعقد ايضا.

وكيف كان فيقع الكلام في مقامين: (الاول) في أنه يجوز اشتراط بيع الوقف ليكون بدله أيضا وقفا أولا والثاني في جواز اشتراط بيعه ليكون ثمنه ملكا طلقا للموقوف عليهم وعدم جوازه وعلى كل تقدير فنتكلم في جهتين:

الاولى : فى كون هذا الشرط مخالفا لمقتضى العقد وعدمه .

الثاني : في كونه مخالفا لمقتضى السنة وعدمه اذا ليس في الكتاب مايكون راجعا الى ذلك حتى نتكلم فى مخالفته للكتاب أيضا .

اما المخالفة لمقتضى العقد فالمدار فى ذلك على أن يكون المنشأ فى العقد مضادا للشرط ومناقضا له كما لو اشترط فى البيع أن يكون بلا ثمن أو اشترط فى الاجارة أن تكون بلاأجرة أو اشترط عدم تصرف المستأجر فى الدار المستأجرة أصلا .

واما اذا لم يكن الشرط منافيا لمقتضى العقد وانما يكون منافيا لمقتضى الاطلاق فلامانع عنه كما اذا اشترط فى البيع أن يكون ثمن مؤجلا أو أن يكون من نقد خاص وعليه فان كان التأبيل من مقتضيات الوقف ومن منشئاته فاشتراط البيع عند الحاجة مناف لمقتضى عقد الوقف بلاشبهة وأما لوكان من مقتضيات اطلاق الوقف فلامانع عن بيعه ،وأما بيعه ليكون بدله أيضا وقفا مثل اصله فربما قيل بعدم الجواز بدعوى أن مقتضى الوقف هو التأبيد و الواقف انما وقف الموقوفة ليكون الوقف ابديا كما هو مقتضى مفهوم الوقف ايضا فاشتراط بيعه يكون مناقضا لمفهومه فلايجوز ،وعليه فكما ان الشرط فاسد فكك أنه مفسد ايضا للمناقضة .

و فيه أن حقيقة الوقف كما تقدم حبس العين وتسبيل الثمرة وقد استفدنا دوامه من العبارة الموجودة فى صيغة الوقف من قول الواقف الى أن يرث الله الارض و من عليها وبهذه القرينة جعلنا متعلق الوقف هى المالية الموجودة فى هذه العين ،وفى بدلها على تقدير انعدام العين و عليه فكما أن بيعه عند عروض المجوّز له وتبديله بوقف آخر لاينافى مقتضى الوقف فكك اشتراط تبديله بوقف آخر ايضا لاينافى بمقتضى العقد فأنه على كل حال

فالوقفية محفوظة فى صورتى وجود العين وتبديلها بشىء آخر نعم مادامت العين موجودة فالخصوصيات العينية أيضا مورد للتوجه ومحط نظر الواقف

وبالجملة لا نرى بأسا لاشتراط تبديل العين الموقوفة فى ضمن صيغه الوقف فأن المؤمنون على شروطهم وأوفوا بالعقود والوقوف على ما يقفها أهلها كلها يقتض ذلك ايضا فضلا عن كونه منافيا لمقتضى الوقف ، نعم الاشتراط ينافى اطلاق الوقف الذى يقتضى كون العين الموقوفة باقيه على وقفيته ٠

وأما الجهه الثانية فربما يقال انه يبتنى صحة الوقف حينئذ على صحه الوقف المنقطع الاخر وكونه وقفا لا حبسا وحيث أن المختار صحته لاسيّما اذا كان مرددا بين الانقطاع وعدمه فيصح شرط جواز البيع لبعض البطون فان مرجع شرطه الى أن يجعله منقطعا وان يبقيه على حاله ٠

أقول : الظاهر أن صحة الاشتراط هنا لا يبتنى على صحة الوقف المنقطع الاخر وتوضيح ذلك أنه لا دليل على بطلان وقف المنقطع الاخر الّا الاجماع وحيث أنه دليل لبّى لا يشمل مانحن فيه وذلك فان اشتراط الانقطاع على اقسام :ـ

الاول :أن يوقف ويشترط فى ضمن الوقف بيعه بعدعشر سنوان وكون الثمن للموقوف عليهم وهذا من أفراد الوقف المنقطع فصحة ذلك يتوقف على صحة كلية وقف المنقطع لأنه من مصاديقه ايضا ٠

وأخرى يوقف عينا كالدار ونحوها على فلان ولعقبه الى خمسه مراتب فيكون الوقف منقطعا بانقراض الموقوف عليهم فهذا أيضا من اقسام الوقف المنقطع فيكون ذلك كالاول موردا للاجماع على بطلان الوقف المنقطع ففى هاتين الصورتين يكون الوقف من الاول بحسب الانشاء منقطعا فيكونان

موردين للاجماع متيقنا فيحكم بالبطلان على تقدير تحقق الاجماع وحجيته .

الثالث : أن يكون الوقف بحسب انشاء الواقف مؤبدا من غير أن يقيده بوقت أو بشخص بحيث يكون الوقف منقطعا بحسب انشاء الواقف و لكن يشترط في ضمن الوقف قطع ذلك الوقف المؤبد بأن يبيعه متى شاء أو يبيعه الموقوف عليهم متى شاؤا فهذا ليس وقفا منقطع الآخر بوجه ، و انما هو وقف مؤبد ولكن يقطعه بحسب الاشتراط فقطع الوقف غير الوقف المنقطع فمثل هذا لا نظن بطلانه والاجماع المدعى على بطلان الوقف المنقطع الاخر لا يجرى هنا لكونه دليلا لبيّا فلابد من ارادة المتيقن من ذلك وما هو المتيقن انما هو القسم الاول والقسم الثاني ، بل يدل على صحة ذلك أوفوا بالعقود ، و المؤمنون عند شروطهم ، فان عقد الوقف تحقق على هذا الشرط وكذلك يقتضى صحة هذا القسم من الوقف قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها ، فان أهل الوقف وقف هذا القسم من الوقف كذلك .

وأما توهم أن هذا منافى لمقتضى الوقف فيكون الشرط باطلا ، فيبطل الوقف توهم فاسد وان مفهوم الوقف ليس الآ حبس العين وتسبيل الثمرة والواقف انما انشاء هذا المفهوم وهو أعم من الدوام والانقطاع ، نعم اطلاقه يقتضى الانقطاع فاشتراط القطع متى شاء الواقف أو الموقوف عليهم لا ينافى بمقتضى الوقف وان كان ينافى بمقتضى اطلاق الوقف .

وانما استفدنا الدوام من جهة القرائن الخارجية لا من جهة كونه من مقتضيات مفهوم الوقف كما هو واضح ، لا يخفى .

وبالجملة لم نر بأسا من اشتراط الواقف بيع الوقف عند وقفه سواء كان ثمنه بدلا عن العين الموقوفة فى الوقفيه أم لا يكون بدلا بل ملكا طلقا للموقوف عليهم وعلى كل حال فليس ذلك الاشتراط منافيا لمقتضى الوقف أصلا .

وأما المقام الثانى بأن يكون الاشتراط منافيا لسنة أو لا يكون منافيا لها، فالظاهر أنه مناف للسنة فان قوله(ع) لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك يدلّ على عدم جواز بيع الوقف سواء اشتراط الواقف بيعه أم لم يشترط فيكون اشتراط البيع منافيا له فلا يجوز اذن فيكون الشرط فاسدا .

اللهم الاّ أن يقال أن قوله(ع) لا يجوز شراء الوقف ليس دليلا تعبديا فى مورد عدم جواز بيع الوقف ، بل امضاء لمفهوم الوقف كما اشرنا اليه سابقا فان مفهوم الوقف يقتضى السكون والوقوف والبيع والشراء ونحوهما من التصرفات مخالف لذلك السكون وانما هى حركة العين فيكون على خلاف مفهوم الوقف، فقوله(ع) لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك امضاء لما يقتضيه ذلك المفهوم ،وأن الوقف لا بدّ وان يكون ساكنا وليس له أن يتحرك بالبيع والشراء والهبه كما لا يخفى .

وعليه فلا يكون الاشتراط منافيا لمقتضى السنه أيضا سواء كان الشرط راجعا الى تبديل الوقف ببدل آخر الذى لا اشكال فيه اصلا أم كان راجعا الى كون الثمن ملكا للموقوف عليهم لما عرفت فى ان اشتراط قطع الوقف غير الوقف المنقطع فيكون صحيحا كما هو واضح .

ثم بناء على كون الاشتراط منافيا للسنه فيكون الشرط فاسدا لكونه مخالفا للسنه والشروط المخالفة للكتاب أو السنة فاسدة ولكن ذلك ليس مثل الشرط المخالف لمقتضى العقد، فانه فاسد ومفسد للعقد لكونه على خلاف مقتضى العقد ومناقضا له فينقض العقد ويفسده . ولكن الشرط المخالف للسنه كونه مفسدا للعقد يبتنى على ما سيأتى فى باب الشروط أن الشرط الفاسد هل يكون مفسدا للعقد أم لا ،فحيث ان المختار لنا هناك عدم كونه مفسدا للعقد فيكون الوقف هنا صحيحا وان اشترط فيه

قطعه كما هو واضح ·

ثم العجب من شيخنا الاستاذ حيث اقتصر في البحث في المقام على المقام الاول فقط اعني كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد أم لا ولم يتكلم اصلا في أن هذا الشرط هل هو مخالف لمقتضى السنة أم لا فكان عليه (ره) ذلك ولكن تركه وأما التمسك في ذلك بخبر جعفر المتقدمة بدعوى أنه اذا جاز البيع بلا شرط فمع الشرط اولى فقد تقدم الجواب عنها و يؤكد ماذكرناه من جواز البيع صحيحة الكافي الدالة على وقف أمير المؤمنين عليه السلام صدقة وشرط فيها جواز البيع للحسن والحسين (ع) اذا احدث فيهما حدث فتكون دالة لما نحن فيه ،فانه اذا جاز اشتراط البيع للبطن الموجود فللبطن المعدوم أولى وتأويل الرواية بارادة الوصية من ذلك من خلاف الظاهر بمكان كاد أن يكون على خلاف الصراحة ومع ذلك فالعجب من المصنف حيث قال أن تأويل الرواية مشكل والعمل بها اشكل ·

وأما التأويل فهو مشكل كما ذكره وأما أن العمل بها يكون أشكل لا نعرف له وجها بعد كون الرواية صحيحة وعمل جمله من الاعاظم على طبقها ·

نعم لو كان على خلافها اجماع أو شهرة عظيمة فكان لهذا الكلام أيضا وجه بناء على أن اعراض المشهور عن الرواية يوجب الوهن كما قال نظير ذلك في المعاطات فله وجه لعدم وجود الرواية هناك ،وأما في المقام فلا مجال لهذا الكلام ·

الكلام في الصور الاربعة الاخيرة

الصورة السابعة أن يؤدي بقاء الوقف الى خرابه علما أو ظنا و هو

المعبّر عنه بخوف الخراب فى كلمات الفقهاء سواء كان ذلك للخلف بين أربابه أو لغير ذلك، والخراب المعلوم والمخوف قد يكون على حد سقوط من الانتفاع نفعا معتدا به، وقد يكون على وجه نقص المنفعة.

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال والنفس وان لم يعلم أن يظن بذلك وقد صرّح بعض الاعلام بجواز البيع هنا أيضا.

الصوره التاسعة: أن يؤدىّ الاختلاف بين الموقوف عليهم الى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال فضلا عن خصوص الوقف.

الصوره العاشرة: أن يلزم فساد يستباح منه الانفس ومجموع تلك الصور وان لم تذكر فى كلام واحد من الفقهاء ولكنها ذكرت فى كلماتهم على التفريق وقد نظمها المصنف وجمعها الى عشرة صور.

ثم ان الكلام فى هذه الصور الاربعة يقع فى جهتين :ـ

الاولى فى العقد الايجابى وهو جواز البيع مع تأديه البقاء الى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعا يعتد به عرفا سواء كان ذلك لاجل الاختلاف أو غيره.

والثانية: العقد السلبى وهو المنع فى غير ماذكر فى الجهه الاولى من جميع الصور.

أما الجهة الاولى فقد استدل على الجواز بوجوه: الاول: ما ذكره المصنف ومحصل كلامه أن المقتضى لجواز بيع الوقف فى هذه الصور موجود والمانع مفقود فيجوز بيعه للعمومات المقتضية لصحة البيع أو وجود المقتضى فلأنه مال لمالكه فيجوز بيعه للعمومات مقتضية للبيع أما وجود المانع فهى الادلة الشرعية المانعة عن بيع الوقف وهى لا تنهض للمانعيه هنا، أما

الاجماع فلاختصاصه بغير هذه الصورة لكونه دليلا لبيّا لا يؤخذ منه الآ المقدار المتيقن.

وأما قولهم (عليهم السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها ولا يجوز شراء الوقف فلا تدخل الغلة في ملكك فلانها منصرفة عن هذه الصوره لما عرفت من أنها ناظرة الى صورة عدم سقوط العين الموقوفة عن حيّز الانتفاع بها وأما اذا سقطت عن ذلك فلا تشمله تلك الادلة على أنه لا تتم دلاله قولهم (عليهم السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها على عدم الجواز كما تقدم.

وأما الموقوف عليهم والواقف فبيع الوقف هنا موجب لحفظ حقّهم اذ مع عدم البيع تتلف العين الموقوفة ولا يبقى ما يوجب حفظ حق الواقف أو الموقوف عليهم بخلاف البيع والتبديل بعين أخرى فان ذلك يوجب الجمع بين حقوقهم.

وبالجملة الادلة المانعة عن بيع الوقف وما يؤيده كلها غير جاريه هنا واذن فلا بأس من البيع في هذه الصورة.

وذكر شيخنا الاستاذ أن هذه الصورة ملحقة بالصوره الاولى وهي خراب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به فان العلم بتأديته الى الخراب أو الظن به المعبّر عنه بخوف الخراب انما هو من حيث طريقيته اليه.

وبعبارة أخرى اذا احتمل احتمالا عقلائيا تأديته الى الخراب على نحو لو كان فعلا خرابا لجاز بيعه فحكم الاحتمال حكم نفس الخراب ولكن من حيث كونه طريقا لان بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خرابا فعلا ولكن الوجهان لا يتمان أما ما افاده شيخنا الاستاذ فلأن الأدلة المانعه عن بيع الوقف لقوله عليه السلام لا يجوز بيع الوقف ولا تدخل الغلة في

ملكك لاقصور فی شمولها للمقام فان الانتفاع بالعین الموقوفة ممكن بالفعل ولایكون العلم بخرابها بعد سنة مثلا مجوّز لبیعها فعلا فضلا عن الظن بذلك أو الامارات المعتبرة كما اذا قامت البیة علی أنها تخرب بعد سته أشهر وفضلا عن احتمال الخراب.

وبعبارة أخری أنه لا یجوز بیع الوقف للوجوه المذكورة علی ذلك، وانما الخارج عنها مایحرز خرابه بالفعل وأما فی غیره فلاوجه لجواز البیع بوجه، بل یبقی تحت أدلّة المنع.

وبالجملة بعدما كان الوقف ممایمكن الانتفاع به فلاوجه لبیعه لشمول أدلة المنع علیه وان علم أوقامت البینة المعتبرة علی خرابها فضلا عن احتمال الخراب فان الحكم تابع لموضوعه الفعلی كما لا یخفی.

ومن هنا ظهر الجواب عماذكره المصنف فان الادلة انما تنصرف عن المنع عن بیع العین الموقوفة اذا سقطت عن الانتفاع بها ومانحن فیه لیس كك، بل هو من مصادیق عدم الجواز لجواز الانتفاع بها علی النحو الذی وقفها الواقف، نعم الاجماع علی تقدیر حجیته لا یشمل المقام، أماحفظ حق الواقف والموقوف علیهم فقدعرفت بطلانها وعدم كونها وجها لعدم جواز بیع الوقف.

نعم، بناء علی حفظ حق البطون اللاحقة فلابدّ من بیع العین الموقوف مع مظّنة الخراب أو العلم به وتبدیلها بعین أخری لئل یزول حقهم كما اشار الیه المصنف فی كلامه ولكن عرفت انهلا دلیل علی ذلك فان البطن الموجود مالكون علی الوقف بالفعل وجاز لهم الانتفاع بها فعلا فلا دلیل علی وجوب رفع الید عن ملكهم لحفظ الموضوع علی ملك الاشخاص الاخر والآ لوجب حفظ مال الناس وان توقف علی صرف المال وقد تقدم هذافیما

سبق في فرع أنه اذا توقف حفظ الوقف للبطون اللاحقة على صرف مقدار من منافع الوقف عليه، فهل يجوز اجبار البطن الموجود على ذلك أم لا ؟ و قلنا لا وجه عليه، فانهم مالكون على نفعها فلاملزم لرفع اليد عن ملكهم لحفظ حق الغير، بل ينتفعون بها مادام موجودا فان يبقى للبطون اللاحقة فتنتفعوا بها، والاّ فلا وهذا واضح لا خفا فيه.

والحاصل : ان المصنف قال بعدم شمول الأخبار الداله على المنع عن بيع الوقف على هذه الصور الاربع، وانصرافها عنها وقال شيخنا الاستاذ بأن احتمال الخراب كالخراب الفعلي موضوع للحكم بجواز بيع الوقف.

وفيه ان الحكم الفعلي تابع لموضوعه الفعلي وأنه لا وجه لانصراف الادله عن هذه الصور باجمعها بعد ماكان الانتفاع بالوقف ممكنا كما في حاشية الايرواني.

ثم نقل المصنف (ره) وجهين على جواز البيع في هذا الصور.

الاول : ما عن لف وكرة و المهذّب وغاية المرام من انّ الغرض من الوقف استيفاء منافعة وقد تعذّرت فيجوز اخراجه عن حدّه تحصيلا للغرض منه فيدور الامر بين انقطاع شخصه ونوعه وبين انقطاع شخصه لا نوعه، فالثاني أولى بغرض الواقف فيجوز التبديل وجعل بدله وقفا مكان المبدل.

وفيه ما اجابه المصنف من أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف لانه الذي دل عليه صيغة الوقف والمفروض تعذره فيسقط و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص لكونه أقرب الى مقصود فرع الدليل على وجوب اعتبار ماهو الاقرب الى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض.

الثاني : ما عن التنقيح من أن بقاء العين على حالها والحال هذه اضاعه واتلاف للمال وهو نهي عنه شرعا فيكون البيع جائزا ولعله أراد الجواز

بالمعنى الأعم فلا يرد عليه أنه يدل على وجوب البيع.

وفيه أن المحرم انما هو التصدى باضاعة المال وأما تركه على حاله بحيث يضيع بنفسه فلا دليل على حرمته كما اذا مرض الغنم ولم يقدر مالكه على الذبح الى أن مات فلم يفعل هو فعلا محرما.

ثم انه استدل على جواز البيع فى كل واحدة من الصور الاربعة بمكاتبة ابن مهزيار(١) قال كتبت الى أبى جعفر الثانى عليه السلام أن فلانا ابتاع ضيعة فأوقفها وجعل لك فى الوقف الخمس و يسال عن رأيك فى بيع حصتك من الارض أو تقويمها على نفسه بما اشتريها أو يدعها موقوفة فكتب الىّ أعلم فلانا انى آمره ببيع حصتى من الضيعة وايصال ثمن ذلك الىّ ان ذلك رأى ان شاء الله تعالى أو يقومّها على نفسه ان كان ذلك أوفق له قال فكتبت اليه ان الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافا شديدا وأنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فان كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع الى كل انسان منهم ماوقف ذلك أمرته فكتب بخطه وأعلمه ان رأى ان كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الوقف أمثل فليبع فانه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال والنفوس، الخبر.

وفيه أولا أنها ضعيفة السند ودعوى انجبارها بالشهرة دعوى جزافيه اذ على فرض تسليم الكبرى لا نسلّم الصغرى لعدم انطباق شىء من الاقوال على الرواية فلا ينجبر ضعفها بالشهرة.

بيان ذلك أنها دلت على جواز بيع حصة الامام عليه السلام من دون طرو مسوّغ للبيع فلابدّ من حملها اما على صورة اشتراء بعض الضيعة من

---

(١) وسائل: ج ١٣ ص ٣٠٤ ح ٥

سهم الامام(ع) أو على قضية خاصة غيرمعلومة الجهة ٠

وتوهم أن الامام(ع) له الولاية على جميع أموال الناس ، بل رقبتهم فكيف بمال نفسه فجاز أن يكون أمره(ع) على البيع من جهة الولايه وفيه أن هذا التوهم فاسد، فان ظاهر قوله(ع) انى آمره ببيع حصتى من الضيعة ، و ايصال ثمن ذلك الىّ ان ذلك رأى أو يقوّمها على نفسه ان كان ذلك أوفق له هو أن الامام(ع) انما بين حكم المسألة فى نفسها لا بما أن له الولايه على العين الموقوفة ٠

وأيضا أنهم استدلوا على القول السابق بقوله(ع) ربما جاء فى الاختلاف تلف الاموال بناء على أن يكون المراد بالاموال هى العين الموقوفه ٠

وفيه أولا : أن ظاهر التعبير بصيغة الجمع هو تلف مطلق الاموال أعم من الوقف وغيره ٠

وثانيا :أن القائلين بجواز بيع الوقف فى هذه الصورة انما يقولون فى مورد العلم بادائه الى الخراب أو الظن المتأخم بالعلم ولفظةربما يستعمل فى المحتملات فتصير النتيجة أنه اذا احتمل طور الخراب على الوقف جاز بيعه ومن المعلوم أنه لم يلتزم به أحد فيما نعلم ،فكيف ينجبرضعف الروايه بالشهرة :ـ

على أن قوله(ع) ان رأى ان كان قدعلم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الوقف أمثل فى جواب السئوال عن بيع حصّة الباقين وتقسيم ثمنه اليهم لا ينطبق على القواعد وذلك لانه لاوجه لتصدى الواقف بالبيع فانه بعدما وقف ماله فصار كسائر الاجانب٠

وتوهم انه اشترط كون التولية عليه خلاف الظاهر من الروايةوأن مقتضى القواعد أن يكون بدل الوقف وقفا فلاوجه لتقسيم الثمن على الموقوف عليهم

فلايمكن العمل بظاهر الرواية ، بل يردعلمها الى أهلها أويحمل على صورة عدم اقباض الوقف وعدم كون الموقوفة مقبوضة منهم فانه حينئذ لم يتم الوقف فاختيار المال تحت يد الواقف المالك يفعل به مايشاء وقد حملها على هذا جملة من الاعلام على أن الاستدلال بها على الصورة السابعة ينافى الاستدلال بها على الصورة الثامنة التى عبارة عن وقوع الاختلاف بين الموقوف عليهم بحيث لا يؤمن معه تلف الأموال والأنفس فان الاستدلال بها على الصورة الثامنة يتوقف على أن يكون المراد بها غير الموقوفة من سائر الاموال والاستدلال بها على الصورة السابعة يتوقف على ان يكون المراد بها عين الموقوفة .

ثم ان الاستدلال بها على الصورة التاسعة وهى أداء الاختلاف الى ضرر عظيم يتوقف على استفادة العموم من التعليل وهو قوله(ع) فانه ربما جاء فى الاختلاف تلف الاموال والنفوس وهذا لا يمكن الالتزام به والا اقتضى جواز بيع الوقف لاصلاح كل فتنة وهذا مما لم يلتزم به أحد فيما نعلم فكيف يوجب انجبار ضعف الرواية .

ثم ان الاستدلال بها على الصوره العاشرة وهى خوف تلف النفس يتوقف على الاستدلال الغاء تلف المال عن الموضوعيه وجعل الموضوع خوف تلف النفس وهو خلاف الظاهر من الرواية ، فان الظاهر منها موضوعيه كل منهما للحكم .

وبالجملة لا يجوز الاستدلال بروايه ابن مهزيار على شئ من الصوره السابعه الى الصورة العاشر اما من حيث السند فلا بأس به ، وأما من حيث الدلاله فمن جهه أن ماذهب اليه المشهور فى الصور الاربعة لا يستفاد من الرواية ومايستفاد من الرواية لم يلتزم به أحد فيما نعلم وتوضيح ذلك أن

التعليل المذكور فى الرواية بقوله(ع) فانه ربما جاء فى الاختلاف تلف الاموال والنفوس قد يكون حكمة ويكون مناط الحكم بجواز البيع نفس الاختلاف بمجرّده من غير وجود الحكمة فى جميع موارد الاختلاف كما هو الشأن من الحكمة نظير كون التنظيف حكمة فى استحباب غسل الجمعة أو وجوبه وكون اختلاط المياه حكمة في مشروعية العدة وان لم يكن موجودا فى بعض الموارد كما اذا كانت المطلقة يائسة أو كان المغتسل تنظف فى ليله الجمعه وهذا لم يلتزم به أحد فيما نعلم بحيث أن يقال بجواز البيع بمجرّد الاختلاف و لو كان اختلافا جزئيا غير منجرّ الى تلف المال والنفس.

وان كان المراد من التعليل ما هو ظاهر فيه من أخذه عله للحكم . و مناطا له ، بحيث يكون الموجب لجواز البيع هو تلف الاموال والأنفس الناشى من الاختلاف فى هذا الوقف وكونه منشأ له وان لم يكن التالف أجنبيا عن الواقف والموقوف عليهم كما اذا كانت الضيعة موقوفة على خادم المسجد ولم يكن بينهم اختلاف، ولكن الاختلاف بين الطباخين الذى ينجرّ الى تلف المال والنفس فلازم أخذ قوله(ع) فانه ربما جاء الخ علة للحكم تعديته الى كلّ مايترتب على الاختلاف الناشى من هذا الوقف من تلف النفس و المال و هذا أيضا لم يلتزم به أحد فيما نعلم فلايمكن الالتزام بالرواية وان كانت صحيحة .

أقول : اما رواية على بن مهزيار فمن حيث السند فلابأس به لكونها صحيحة السند، وأما من حيث الدلالة فهى خارجة عن الدلالة على بيع الوقف فى شىء من الصور الاربعة بل لابد من حملها على صوره عدم تماميه الوقف أى قبل القبض والاقباض كما حملها عليه جملة من الاعلام كالمحدث الفيض وغيره وذلك لجهات عديدة فانها مؤيدة لحملها على صوره قبل

القبض .

جهة الاولى : ان صدر الرواية لا ينطبق على الوقف التمام فان سؤال السائل فى حصة الامام التى هى خمس الوقف وانه كيف يصنع بها وجواب الامام عليه السلام ببيعها أو تقويمها على نفسه وارسال ثمنها اليه عليه السلام لا يتم الآ اذا لم يتم الوقف وكان المال تحت يد الواقف بحيثلمان يفعل به بمايشاء وذلك لأنه لا يجوز لأحد أن يبيع الوقف حتى مع اذن الموقوف عليه ومن الواضح أن جواب الامام بالبيع وارسال ثمنه اليه ليس من جهه ولايته المطلقة حتى يرتفع الاستبعاد، بل بما أنه محل المصرف .

الجهة الثانية : أن جواب الامام عليه السلام عن سؤال عن وقوع الخلاف بين أرباب الوقف ببيعه ايضا لا ينطبق على القواعد اذ المتصدى بالبيع على تقدير جوازه انما هو من كان امر الوقف بيده وتوليته عليه، وأما الواقف فكسائر الأشخاص أجنبى عن التصرف فى الوقف، واحتمال انه كان مشترط كون أمر الوقف بيده خلاف الظاهر من الرواية فلايجوز المصير اليه بدون القرينة الصارفه .

الجهة الثالثة : أنه بعد مابيع الوقف فلماذا يقسّم بين الموقوف عليهم مع انك عرفت فيما تقدم أن بدل وقف فلايصح ذلك الآ بحملها على صورةقبل القبض لا بعده خصوصا يساعدعلى ذلك قوله ان بيع الواقف امثل حيث ان الواقف يريد الثواب فاذا فعل هكذا فانه لا يقع بين الموقوف عليهم اختلاف فيكون أصوب وامثل .

الجهة الرابعة : وهى العمدة ان قوله عليه السلام ان كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الواقف امثل و مع قول السائل فى سؤاله وأنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فان من الواضح أنه أى خصوصيه

فى علم الواقف بالاختلاف وكذا عدم أمنه عن التفاقم والشده ، بل لا بدّ وأن يكون المناط علم المتصدى بالوقف فليس ذلك الا اذا كان أمر الوقف بيده وهذا لا يتم الآ مع عدم تمامية الوقف وكون ذلك قبل القبض لعدم انطباقها بشيء من الفتاوى المذكوره فى المقام وعلى هذا فلايجوز الاستدلال بها على بيع الوقف بترك الاستفصال كما فى كلام المصنف (ره) ومع ذلك كله فلا يجوز الاستدلال بها على المقصود أيضا مع ذلك التعليل الموجود فيه و ان كانت صريحة فى جواز البيع ، بل لا بدّ من ردّ علمها الى اهلها و ذلك فانه لا يخلو اما أن يراد من التعليل الحكمة أو العلية فلا واسطة بينهما فان أريد منه الحكمة فلازمه القول بجواز بيع الوقف بمجرّد الاختلاف وان لم يؤدى الى تلف الاموال والنفوس فان ذلك كاختلاف المياه فى باب العده فالتعميم ليس بلازم ·

وأن أريد منه التعليل والعلية فلازم ذلك التعدى بكل اختلاف يوجب تلف الاموال والانفس مع بقاء الوقف وان لم يكن بين أربابه اختلاف بل بين الجوار والطباخين والعمالين والمتولين ونحوهم بحيث يكون المنشأ لذلك هو الوقف وكلاهما لا يمكن الالتزام به ·

وربما يقال بجواز بيع الوقف فى تلك الصور لأجل المزاحمه وان لم يكن فى البين نصّ بدعوى أن الأمر دائر بين حفظ الوقف على حاله و الالتزام بجواز تلف الأموال والانفس وبين حفظ المال والنفس والالتزام بجواز بيع الوقف وبما أن حفظ النفس عن التلف أهم من حفظ الوقف فيجوز بيعه ، بل يجب لحفظ النفس والمال ·

وفيه أن هذا من العجائب فان التزاحم انما هو فى مقام العمل ، و يحصل عدم تمكّن المكلف على الامتثال لا فى مقام الجعل وعليه فارتفاع

التكليف عن المكلّف بالنسبة الى المهم واضح ، بأن يجوز بيع الوقف اذا دار الأمر بين بيعه وبين اداء الاختلاف الى تلف الأموال والانفس ولكنه لا يوجب ذلك جعل الشارع الحكم الوضعى فى مرحلة الجعل بأن يحكم بصحة المعاملة فان التزاحم لا يوجب رفع الحكم ووضعه فى مرحلة الجعل .

وبعبارة أخرى أن التزاحم يستلزم رفع الحكم التكليفى فى مقام الامتثال عن المهم ويوجب اتيان الأهم وهذا غير مربوط بالحكم الوضعى وحكم الشارع به فى مقام الجعل ليكون صحيحا فى مقام الامتثال ، بل يكون البيع مع التزاحم المذكور جائزا تكليفا وفاسدا وضعا فمزاحمه الأهم مع المهم فى مرحلة الامتثال لا يوجب الآجواز الاقدام على المهم تكليفا ويستلزم جوازه وضعا اذ عدم القدرة على الامتثال من المكلف انما هى بالنسبة الى الحكم التكليفى لا بالنسبة الى الحكم الوضعى كما لا يخفى .

فتحصل أنه لا يجوز بيع الوقف فى جميع تلك الصور الآ اذا خرب الوقف أو كان مشرفا على الخراب بحيث ليس بين الخراب والزمان الذى معموره الآزمان قليل وكذلك فى صورة اشتراط الواقف بيعه عند الاحتياج كما صنعه على عليه السلام .

الكلام فى الوقف المنقطع

قوله : وأما الوقف المنقطع .

أقول : بناء على صحة الوقف المنقطع وهو ما اذا وقف على من ينقرض فأما ان يقال ببقائه على ملك الواقف واما ان يقال بانتقاله الى الموقوف عليهم وعلى الثانى فأما أن يملكوه ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند

انقراضهم واما ان يقال بعوده الى ملك الواقف، واما أن يقال بصيرورته في سبيل الله، وعلى الاول وهو بقائه فى ملك الواقف فلايجوز لغيره من الموقوف عليهم وغيرهم بيعه لعدم الملك، وأما الواقف فيجوز له بيعه لوجود المقتضى وهو كونه ملكا له وتكون العمومات شاملة له وعدم المانع اذ الوقفية مع كونها منقطعة لا تكون مانعة عن البيع فيصبر المشترى الى أن ينقضى السكنى ان كان عالما بذلك، أو يفسخ ان كان جاهلا، أو جعل لنفسه الخيار وأما قوله (عليه السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فانها ناظرة الى عدم جواز التصرف فى الوقف على النحو الذى ينافى الوقفية وكذلك لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك فان البيع والشراء لا ينافى الوقفية اذ الوقف انما جعل السكنى والمنفعة للموقوف عليهم دون الرقبة فانها باقية في ملك الواقف فهو انما يبيع ذلك الوقف مسلوبة المنفعة الى انقراض الوقف نظير بيع موجر العين المستأجرة فانها يكون ملكا للمشترى الى انقضاء مده الاجاره وعلى هذا كيف ينافى البيع الوقف وكيف يكون الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

على أنه يمكن دعوى أن مفهوم الوقف منصرف عن الوقف المنقطع فيكون خارجا عن تحت الادلة المانعة عن البيع موضوعا.

نعم يكون البيع باطلا من جهة الجهالة فيكون غرريا فهو منهى عنه لأن مدة انتفاع الموقوف عليهم وانقراضهم مجهولة ومن هنا منع الاصحاب كما حكى عن الايضاح بيع مسكن المطلقة المتعددة بالاقراء لجهالة مدة العده.

وبالجملة أن بيع الواقف الوقف المنقطع وان لم يكن فيه مانع من الاخبار مع وجود المقتضى له ولكن جهالة مدّة مانعه عنه من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به كما لا يخفى.

نعم، ورد النص على جرازه وهو مارواه المشائخ الثلاثه فى الصحيح أو

الحسن عن الحسين بن نعيم قال سألت أبا الحسن (ع) عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته ولعقبه من بعده ، قال هى له ولعقبه من بعده كما شرط قلت فان احتاج الى بيعها ، قال : نعم قلت فينقض البيع السكنى قال لا ينقض البيع السكنى كك ، سمعت أبى يقول : قال أبوجعفر (ع) لا ينقض البيع الاجارة ولا السكن ولكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقض السكنى على ما شرط الخبر ، فهو كما ترى صريح فى الجواز و العجب أنه مع ذلك توقف العلامة وولده والمحقق الثانى فى المسألة .

وأما لو قلنا بعدم بقاء الوقف المنقطع فى ملك الواقف ، بل انتقال الى ملك الموقوف عليهم وقلنا بكونهم مالكين للوقف ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند انقراضهم فلايجوز البيع حينئذ للواقف لعدم الملك ولا للموقوف عليه فأن الواقف قد اعتبر بقائه الى انقراضهم فيشمله قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها ولا يجوز شراء الوقف ولا يقاس ذلك بالصورة الاولى فان فيها أن الواقف مالك للوقف وفى هذه الصورة وان كان الموقوف عليه مالكا الاّ أن الواقف قد وقفه وحبسه بحيث لا يباع ويكون باقيا الى انقراضهم فالبيع نقض للغرض .

وأما لو قلنا بعوده الى ملك الواقف بعد انقراض الموقوف عليهم فلايجوز بيعه للموقوف عليهم لمنافاته لأن الواقف اعتبر بقائه الى انقراض الموقوف عليهم واما الواقف المالك فيجوز له البيع بناء على جواز بيع مالا يملك ثم ملك ، فان الواقف وان لم يكنى مالكا بالفعل ولكنه يكون مالكا بعد انقراض الموقوف عليهم .

وأما لو قلنا بصيرورته فى سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليهم فلايجوز بيعه مطلقا فانه عبارة أخرى عن الوقف المؤبد وقد عرفت عدم جواز بيعه

غاية الامر أنه وقف على عدة خاصة فى مدة ثم على سبيل الله كما لا يخفى .

الكلام فى بيع الرهن

قوله : مسألة : ومن أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا فان الظاهر ، بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك فى بيع ملكه المرهون .

أقول : المشهور ، بل المجمع عليه على عدم استقلال المالك فى بيع العين المرهونة ، و لكن الظاهر جوازه هذا من الموارد الذى خالفنا المشهور فى عدم انجبار الرواية الضعيفة بالشهرة فانهم استندوا فى ذلك الى النبوى الضعيف الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف و بنوا على انجبار ضعفه بالشهرة ونحن لا نعتمده و كيف كان ان التصرفات المتعلقة على العين المرهونة على ثلاثة أقسام ، فان قسم منها ينافى حقيقة الرهن و كونه وثيقة لكونه موجبا لزوال العين وخروجها عن كونها وثيقة او نقصان قيمتها كما اذا ذبح الغنم المرهونة او آجر السيارة الجديدة المرهونة أو اخرب الدار ونحوها من التصرفات المنافية لمفهوم الرهن .

و قسم منها لا ينافى مفهوم الرهن ، بل ربما يتوقف عليه حفظه و بقائه كالسكنى فى الدار واصلاح العين بالمقدار الذى ينعدم بدونه ، فان مثل ذلك معد لبقاء العين .

وقسم متوسط بين القسمين كالبيع ونحوه لعدم منافات البيع لحقيقة الرهن ولذا جاز رهن العارية .

أما القسم الاول : فلايجوز بلاشبهة ، ولم يستشكل فيه أحد فيما نعلم

وأما الثانى : فلاشبهة فى جوازه ، بل ربما يجب لبقاء العين المرهونة عليه .

وأما التصرفات المتوسطة الغير الموجبة لنقص القيمة كالبيع ونحوه ،

فالظاهر جوازه وتوضيح ذلك أن المانع عنه انما هو أمور :الاول :الاجماع التعبدى على عدم جواز ،وفيه انه على تقدير حجية الاجماع المنقول فليس هنا اجماع تعبدى اذ من المحتمل أنه مستند الى الوجوه المذكورة فى المسألة والاّ فالتعبد بعدم جواز بيع الرهن بعيد جدا٠

الثانى :النبوى المعروف الراهن والمرتهن ممنوعات من التصرف وفيه أنه ليس لنا وثوق ،بل ظن بصدوره من المعصوم((ع)) فلا يكون حجة وتوهم انجبار ضعفه بالشهرة فى غاية الضعف لما حققناه فى محلّه وأشرنا اليه فى كثير من المسائل المتقدمة من أن الشهرة لا توجب انجبار ضعف الرواية ٠

و لو سلمنا صحة سند فلا دلالة لها على بطلان بيع الرهن ،بل هى ناظرة بمناسبة الحكم والموضوع الى التصرفات المنافية للرهن كالقسم الاول من التصرفات،وبعبارة أخرى أن مناسبة الحكم والموضوع فى قوله الراهن و المرتهن ممنوعات من التصرف تقتضى عدم نفوذ التصرف من كل منهما على استقلاله لا مع الاتفاق والاجتماع كما هو واضح ٠

وأما مفهوم الرهن فهو عبارة أخرى عن كون العين وثيقة ومن الواضح أن البيع لا يمنع عن ذلك ،ولذا جاز رهن العارية غاية الأمر يشترط فى العقد عدم كون المبيع طلقا ،بل كونه متعلقا لحق الغير ومع عدم فكّه يكون للمشترى خيار تخلف الشرط ،بل يصح مع عدم الاشتراط أيضا غاية الامر يكون المبيع معيبا فيثبت للمشترى خيار العيب٠

نعم ،لو قلنا بكون الرهن كالوقف ولم يكن للمالك علاقة الملكية كمالا يبقى له العلقة فى الوقف ايضا فلعدم جواز البيع وجه ولكن أنى لهم اثبات ذلك٠

وبالجملة لا دليل على بطلان بيع الرهن لعدم وجود الاجماع التعبدى

عليه ولا وجود الرواية وعدم صحة النبوى سندا ودلالة وعدم اقتضاء مفهوم الرهن ذلك ·

ثم على القول بعدم جواز بيع الرهن هل هو باطل من أصله كما اختاره جمع أو يتوقف على اجازة المرتهن كما اختاره جمع آخر واختاره المصنف ،الظاهر هو الثانى للعمومات الدالة على صحة المعاملة وضعا و تكليفا وعدم وجود المعارض لها ·

وأما توهم الاجماع على البطلان ،ففيه أنه على تقديرحجيتهفالمقدار المتيقن منه هو البطلان مع استقلال الراهن فى التصرف أوالمرتهن لامطلقا

وأما النبوى فمضافا الى ضعف السند فيه كسائر النبويات فلا دلالة فيه على بطلان البيع من أصله ،بل انما يدل على عدم نفوذ التصرف بدون اذن المرتهن والذى يدلنا على هذا تسالم الفقهاء على صحة بيع المرتهن مع اذن الراهن أى الاجازة اللاحقة ·

هذا كله مضافا الى ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالاجازةمعللا بأنه لم يعص الله وانما عصى سيّده اذ المستفاد منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الادمى يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع وحصول الرضا و ليس ذلك معصية الله أصالة فى ابقاء العقد التى لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى ·

ثم ان المصنف استدل على صحة بيع الرهن بفحوى أدلة صحة بيع الفضولى ،وعن التذكرة أن كل من أبطل عقد الفضولى أبطل العقد هنا ، ولكن الظاهر أن الاولوية ممنوعة من الطرفين ،أما الثانى فلما أفاده المصنف من أن من استند فى البطلان فى الفضولى الى مثل قوله(ع) :لا بيع الآ فى ملك لا يلزمه البطلان هنا ·

وأما الاول :فلا مكان الالتزام بصحة الفضولى وبطلانه هنا كما ذهب اليه الشيخ اسد الله التسترى وذلك من جهة أن العمومات تشمل للعقد الفضولى بعد الاجازة وانتسابه الى المالك لكون العقد عقد فيكون صحيحا بخلاف المقام ،فانه كالعقد على بنت الاخ والاخت صادر من المالك ابتداء من غير شمول العمومات لها فحيث أنه عقد واحد وليس له أفراد عديدة فلا تشمله العمومات بعد الاجازة ايضا.ولكن اجبنا عنه فيما سبق من العقد الفضولى أن العمومات شاملة لها بعد الاجازة للعمومات الزمانى ، فانه ليس منحصرا بصورة تعدد الافراد الطوليّة .بل يجرى فى الفرد المستمر فاذا لم تشمل العمومات لعقد مدّة من الزمان لمانع فتشمله بعد ارتفاع المانع.

وحاصل الكلام من الاول أنه لا اشكال فى بيع الرهن بان يبيعه الراهن من غير استيذان من المرتهن .بل باستقلاله غاية الامر شرط على المشترى كون المبيع ملكا غير طلق .بل بدون الاشتراط فيكون له خيار العيب.

ودعوى الاجماع التعبدى على البطلان دعوى جزافية لاحتمال كونه مستندا الى الوجوه المذكورة فى المسألة والتمسك فى المنع الى النبوى الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف بلا وجه لضعف سنده أولا ، وعدم انجباره بالشهرة ،ولذا خالفنا المشهور فى هذه المسألة ،وعدم دلالته على المقصود ثانيا ،فان مناسبة الحكم والموضوع يقتضى أن المراد من كونهما ممنوعان من التصرفات المنافية للرهن لا مطلق التصرف ومن الواضح أن البيع لا ينافى الرهن ،ولذا يجوز رهن العارية واذن فلا مانع من البيع مع وجود المقتضى له وكونه ملكا للبايع فيجوز التمسك بالعمومات الدالة على

صحة البيع.

ودعوى عدم جواز التمسك بها من جهة أن البيع من الاول بيع ما لا يملك و لم تشمله العمومات وبعد الاجازة ليس هنا عقد آخر ليكون مشمولا لها ،لكونه فردا واحدا لا افرادا عديدة لتكون مشمولة لها بحسب العموم الزمانى فلا يقاس ذلك بالبيع الفضولى لكونه حين استناده الى المالك مشمولا للعمومات وكون العقد عقده و ان لم تشمله من الاول من جهة صدوره من الأجنبى وأما هنا فقد عرفت أن العقد حين صدوره من المالك لم تشمله العمومات لعدم رضاية المرتهن وبعد الاجازة ليس هنا عقد آخر، فيكون باطلا دعوى جزافية.

يبان ذلك أن العمومات من أوفوا بالعقود وأحل الله البيع وغيرهما كما تدل على صحة العقود بحسب الافراد الطولية المسما بالعموم الزمانى فكك تدل على صحة العقد الواحد فى طول الزمان وفى كل آن ، وهذا أيضا عموم زمانى فهذا العقد الواحد المستمر يجب الوفاء بها فى طول الزمان وعلى هذا فلو خرج فى زمان عن تحت العموم فلا يوجب ذلك خروجه عنه فى جميع الآنات بل تشمله العمومات مع وجدانه الشرائط فبيع الراهن وعقد بنت الاخ وبنت الأخت وان كان قبل اجازة المرتهن والعمة والخالة غير داخلة تحت العمومات ولكنها بعد الاجازة تكون مشمولا للعمومات.

لا يقال على هذا فيلزم جواز التمسك بالعمومات فى جميع العقود التى كانت واجدة للشرائط بعد ماكانت فاقدة لها كما اذا فقدت شرائط المتعاقدين كعقد الصبى والمجنون ثم بالغ الصبى وافاق المجنون أوفقدت شرائط العقد كما اذا كانت غرريا ثم ارتفع الغرر و هكذا مع أنه لا يمكن

الالتزام بذلك.

فانه يقال فرق واضح بين ما نحن فيه وبين الأمور المذكورة فان الظاهر من الأدلة أن من شرائط العقد حين تحققه أن لا يكون غرريا وان لا يكون صادرا من المجنون والصبى والا بطل العقد، فاذا كان حين تحققه غرريا أو صادرا من الصبى والمجنون ثم انتفى الغرر أو بلغ الصبى أوبرح المجنون فلايمكن الحكم بصحة هذا العقد، فان ما تحقق غرريا أو صدر من الصبى و المجنون لم يكن صحيحا عند التحقق ومايكون فعلا واجدا للشرائط ليس عقدا آخر غير ما تحقق أولا الذى كان مشروطا من الاول بهذه الشروط ، فيكون باطلا.

وهذا بخلاف العقد الفضولى وبيع الراهن فان صحة العقد فيهما مشروط برضى المالك والمرتهن ولكن لا دليل على كونه كك من حين الحدوث فاذا رضيا به فيكون العقد عقدا برضا صاحبه من المالك والمرتهن فتشمله العمومات فيحكم بالصحة كعقد المكره بعد الرضاء.

وبالجملة اذا كانت الشرائط من الأمور التعليقية الخارجة عن كونها شرطا لنفس العقد أو للعاقد فلا وجه لكونه صحيحا فى زمان و باطلا فى زمان آخر كبيع الغررى ونحوه واما اذا كان من الأمور التعليقية كالرضا فلا وجه لفساد العقد بدونه اذا كان واجدا لذلك بعد مدة لعدم القصور من شمول العمومات عليه كما لا يخفى.

وما عن صاحب المقابس من أن عقد الراهن كعقد النكاح على بنت الاخ والاخت بدون رضا المرتهن والعمة والخالة صادر من المالك غير مشمول للعمومات فبعد الاجازة ليس هنا عقد آخر ليكون مشمولا لها قد ظهرفساده مما ذكرناه.

الوجه الثاني : مما يدل على صحة بيع الرهن مع الاجازة مع التنزل عن جواز بيعه استقلالا لروايات الدالة على صحة بيع العبد معللا بانه لم يعص الله وانما عصى سيده حيث أن المستفاد منها أن عصيان المخلوق فى حقهم لا يوجب بطلان المعاملة واما الموجب للبطلان انما هو عصيانه تعالى ٠

ثم نقل المصنف (ره) عن بعض معاصريه القول ببطلان عقل الراهن بدون اذن المرتهن سابقا متمسكا بالاجماعات والاخبار المحكية على المنع و النهى ،قال وهو موجب للبطلان وان كان لحق الغير اذ العبرة بتعلق النهى بالعقد لا الأمر خارج منه وهو كاف فى اقتضاء الفساد كمااقتضافى بيع الوقف وأم الولد وغيرهما مع التواتهما فى كون سبب النهى حق الغير ثم أورد على نفسه بماحاصله أنه على هذا يلزم بطلان العقد الفضولى وعقد المرتهن مع أن كثيرا من الاصحاب ساوا بين الراهن والمرتهن فى المنع كما دلّت عليه الرواية فيلزم بطلان عقد الجميع أو الصحته فالفرق تحكم ٠

ثم أجاب بأن التصرف المنهى عنه ان كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم ولا يحل له الاجازة المتعقبّة وان كان عقدا أو ايقاعا فان وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالك فالظاهر أنه كك كما سبق فى الفضولى والاّ فلا يعد تصرّفا يتعلق به النهى فالعقد الصادر عن الفضولى والمرتهن اذا كان على نحو الظلم والغصب فيكون منهيّا عنه وباطلا ٠

وأما اذا كان بقصد النيابة عن المالك فلا وجه للبطلان وأما الراهن المالك فحيث أنه حجر عن ماله برهنه فيكون عقده مستندا الى ملكه لعدم المعنى لقصد النيابة فيكون منهيّا عنه وباطلا فيكون مادل على النهى عن تصرفه الكذائى مخصصا للعمومات٠

ثم قال وأما التعليل المستفاد من الرواية(١) المروية في النكاح من قوله لم يعص الله وانما عصى سيده فهو جار فيمن لم يكن مالكا كما أن العبد لا يملك أمر نفسه ،وأما المالك المحجور عليه فهو عاص لله تعالى بتصرفه و لا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا وانما منع الله من تفويت حقه بالتصرف وما ذكرناه جار في كل مالك متموّل لأمر نفسه اذا حجر على ماله لعارض كالفلس وغيره فيحكم بفساد الجميع.

وقد أورد عليه المصنف بوجوه كلها صحيحة.

منها :أنه لافرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و بيعه على وجه النيابة فان البيع ان كان تصرفا في مال الغير وكون نفس الانشاء مصداقا للتصرف المحرم فهو حرام مطلقا مع قصد النيابة وعدمه و الآ فلا وجه للبطلان.

ومنها أن مطلق النهي المتعلق بالمعاملة لا يقتضي الفساد بل انما يقتضي الفساد اذا كان نهيا ارشاديا لا نهيا تكليفيّا فان النهي التكليفي لا يستفاد منه الفساد اذ لا ملازمة بين الحرمة والفساد ، نعم لو كان للارشاد دل على الفساد فدلالة النهي على حرمة بيع الرهن لا يدل على الفساد لعدم الملازمة بينهما.

ومنها :أن قصد النيابة لو كان مصححا للعقد فيتصور مثل ذلك في بيع الراهن أيضا فانه قد يبيع رجاء لاجازة المرتهن ولا ينوي الاستقلال و قد يبيع جاهلا بالرهن أو بحكمه أو ناسيا ولا حرمة في شيء من ذلك.

ومنها :أن المتيقن من مورد الاجماع والاخبار أعني الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف هو استقلال كل منهما في التصرف في العين المرهونة وأما أزيد من ذلك فلا دليل عليه.

(١) وسائل :ج ١٤ ص ٥٢٣

ومنها : أن ماذكره من منع جريان التعليل فى روايات العبد فيما نحن فيه لوجود الفرق بينهما فاسد، بل الظاهر كون النهى فى كل منهما لحق الغير فان منع الله جل ذكره من تفويت حق الغير ثابت فى كل ماكان النهى عنه لحق الغير من غير فرق بين بيع الفضولى ونكاح العبد و بيع الراهن ·

ومنها : أن ماذكره من المساواة بين بيع الراهن وبيع الوقف وأم الولد ففيه أن الحكم فيهما تعبد محض ولذا لا يؤثر الاذن السابق من الواقف و المولى فى صحة البيع، بل لو اجتمعوا أى الواقف والموقوف عليه أو المولى و الولد وأم الولد ورضوا على البيع فأيضا لا يجوز كما لا يخفى وعلى هذا فقياس الرهن عليه فى غير محلّه ·

وبالجملة أن المستفاد من طريقة الاصحاب، بل الأخبار أن المنع من المعاملة اذا كان لحق الغير الذى يكفى اذنه السابق لا يقتضى الابطال رأسا بل انما يقتضى الفساد بمعنى عدم تربت الاثر عليه مستقلا من دون مراجعة ذى الحق ويندرج فى ذلك الفضولى وعقد الراهن و المفلس و المريض وعقد الزوج لبنت اخت زوجته أو أخيها وللامة على الحرة وغير ذلك فان النهى فى جميع ذلك انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الاثر المقصود من العقد عرفا ·

قوله : وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا ·

أقول : بناء على كون الاجازة هنا كاشفة كما هو الظاهر، فيلزم أن يكون الرهن ملكا للبايع أعنى الراهن والمشترى فيكون البيع و الرهن متنافيين ولا يعقل تحققهما فى زمان واحد فيكون نظير ما تقدم فى مسألة من باع شيئا ثم ملكه من أنه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملك لشخصين

فى الواقع.

وأجاب عنه المصنف بأن القائل بجواز بيع الرهن انما يلتزم بكشف الاجازة عن عدم الرهن من الاول بناء على الكشف والا لجرى ذلك فى العقد الفضولى ايضا لأن فرض كون المجيز مالكا للمبيع نافذ الاجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الاجازة واما ما يلزم فى مسألة من باع شيئا ثم ملكه فلا يلزم فى مسألة اجازة المرتهن، نعم يلزم فى مسألة انفكاك الرهن، فانه حينئذ يكون ملكا للبايع والمشترى معا وسيجىء التنبيه على ذلك انشاء الله تعالى ثم ان هذا الاشكال انما فى صورة عدم اجتماع الرهن مع البيع وأما بناء على مسلكنا فلا موضوع له أصلا، لجواز اجتماعهما على ما عرفت فتحصل أنه لا محظور فى بيع الرهن بوجه.

قوله: ثم ان الكلام فى كون الاجازة من المرتهن كاشفة و ناقلة هو الكلام فى مسألة الفضولى.

اقول: قد عرفت فى بيع الفضولى أن مقتضى القاعدة هو النقل وحصول الملكية للمشترى من حين الاجازة وانما يصار الى الكشف لدليل اقتضى ذلك فان كون الاجازة شرطا فى صحة البيع بعنوان التعقب مؤونة زائدة يحتاج الى الدليل وعلى هذا فالدليل الدال على الكشف فى باب الفضولى انما هو الخبر الوارد فى النكاح كما تقدم وانما تعدينا الى سائر العقود من جهة القطع بعدم الفرق بين أفراد العقود وأما فى المقام فحيث أن المباشر للعقد انما هو من له العقد دون الاجنبى كما فى الفضولى وما بيده الاجازة انما هو غير المالك اعنى المرتهن الذى ليس العقد له فاسراء الدليل الوارد فى النكاح الى هنا يحتاج الى علم الغيب وعليه فمقتضى القاعدة هنا هو النقل.

ولكن تقدم فى الفضولى أن مقتضى القاعدة هو الكشف الحقيقى ، لا بالمعنى الذى سلكه القوم ، بل بمعنى آخر وهو أن يكون المبيع ملكا للمشترى من الاول ولكن حين الاجازة لا من زمان العقد كما عرفت بما لا مزيد عليه وعليه فنقول بالكشف هنا ايضا على طبق القاعدة .

وأما ماأفاده المصنف (ره) هنا من أن القول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى لأن اجازة المالك أشبه بجزء المقتضى وهى هنا من قبيل رفع المانع ومن اجل ذلك جوّز واعتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن مع أن الايقاعات عندهم لا تقع مراعاة والاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب كما فعله المحقق الثانى فى كتاب الرهن فى مسألة عفو الراهن عن جناية الجانى على العبد المرهون مناف لتمسكهم فى العتق بعمومات العتق .

وفيه انه لا وجه للأولوية فان عدم جريان الفضولى فى الايقاعات من جهة الاجماع والمتيقن منه ما كان الايقاع من الاجنبى فلا يعمّ بما اذا كان من المالك مع توقفه على رضاية الغير الذى ليس بمالك كما فى عتق الراهن لكونه مشمولا للعمومات ، بل هو غير مربوط بباب الفضولى اصلا فضلا عن اقتضاء الأولوية الكشف .

قوله : ثم انه لا اشكال فى أنه لا ينفع الردّ بعد الاجازة وهو واضح .

أقول : أما الاجازة بعد الردّ فذكر المصنف فيه وجهان : الاول أن الردّ فى معنى عدم رفع اليد عن حقه فله اسقاطه بعد ذلك وليس ذلك كرد بيع الفضولى لأن المجيز هناك فى معنى أحد المتعاقدين وقد تقرر أن ردّ أحد العاقدين مبطل لانشاء العاقد الآخر بخلافه هنا فان المرتهن أجنبى له حق فى العين .

الثانى : أن الايجاب المؤثر انما يتحقق برضا المالك والمرتهن فرضاء

كل منهما جزء مقوم للايجاب المؤثر فكما أن ردّ المالك فى الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم كذلك ردّ المرتهن وهذا هو الاظهر من قواعدهم.

والظاهر أن الاجازة بعد الردّ مؤثرة فى صحة العقد ولا يتنى، لما ذكره المصنف وذلك من جهة أنه قد تقدم أن الدليل على عدم تأثير الاجازة بعد الردّ هو الاجماع، ومن الواضح أنه دليل لبيّ يقتصر منه على المورد المتيقن وهو صورة كون العقد من طرف المرتهن ومن لرضايته دخالة فى صحة العقد هو المالك لا الاجنبى كما فى المقام فان المرتهن اجنبى عمن لهما العقد فرضايته دخيل ولكن رده لا يفيد فيكون مشمولا للعمومات بل قد ذكرنا فى بيع الفضولى دلالة صحيحة محمد بن قيس على تأثير الاجازة بعد الرد مطلقا حيث يفهم من ردّ الوليدة آثار الرد مع ذلك يحكم فيها بصحة البيع كما تقدم وان استشكلنا فيها أيضا فراجع.

قوله: ثم انّ الظاهر أن فكّ الرهن بعد البيع بمنزلة الاجازة لسقوط حق المرتهن بذلك.

أقول: وقع الخلاف فى أن فكّ الرهن هل يكون مثل الاجازة وكذا سقوط الرهن بأى نحو كان من اسقاط الدين أو ادائه أولا، بل لا يلزم العقد به بوجه وأنه ليس كالاجازة وقد صرّح بالاول فى التذكره وكذا عن فخر الاسلام والشهيد فى الحواشى، والظاهر من المحقق والشهيد الثانيين ويحمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله فى القواعد، بل مطلق السقوط الحاصل بالاسقاط أو الابراء أو بغيرهما نظر الى أن الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن وسقوطه بعد ذلك لا يؤثر فى تصحيحه.

والفرق بين الاجازة والفك أن مقتضى ثبوت الحق له هو صحة امضائه للبيع الواقع فى زمان حقه وان لزم من الاجازة سقوط حقّه فيسقط حقه بلزوم

البيع.

وبالجملة فالاجازة تصرف من المرتهن فى الرهن حال وجود حقه أعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير اجازة المالك بخلاف الاسقاط أو السقوط بالابراء أو الاداء فانه ليس فيه دلالة على مضى العقد حال وقوعه فهو اشبه شئ ببيع الفضولى او الغاصب لنفسهما ثم تملكهما و قد تقدم الاشكال فيه عن جماعة.

ثم ايدّ ذلك، بقوله و يؤيد ما ذكرناه، بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون اذن سيده بمجرد عتقه مالم يتحقق الاجازة ولو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح.

وأورد عليه المصنف وتبعه شيخنا الاستاذ هذا ولكنّ الانصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة أن عدم تأثير بيع المالك فى زمان الرهن ليس الاّ لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حقّ المالك بتسليط المالك فعدم الأثر ليس لقصور فى المقتضى ،وانما هو من جهة المانع فاذا زال المانع أثر المقتضى.

ثم قال وأما قياس مانحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيد فهو قياس مع الفارق لأن المانع عن سببيّة نكاح العبد بدون اذن سيدّ مقصور تصرفاته عن الاستقلال فى التأثير لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح اذ لا منافات بين كونه عبدا وكونه زوجا ولأجَل ماذكرنا لو تصرّف العبد لغير السيّد ببيع أو غيره ثم انعتق العبد لم ينفع فى تصحيح ذلك التصرّف.

أقول :قد تقرر فى الأصول أن جميع الاعتبارات والقيود اتراجعة الى موضوعات الاحكام لا الى نفسها فموضوع صحة بيع الراهن انما هو بيع

الراهن مع اجازة المرتهن فاذا ارتفع موضوع اجازة المرتهن لا يبقى موضوع لصحة العقد الذی کان مقيدا باجازة المرتهن وأما مجرّد وجود المقتضى وعدم المانع فلا يفيد فی ثبوت الحکم لعدم ترتّب الاثر عليه ما لم يتحقق موضوع الحکم حقيقة والاّ لجری الکلام فی بيع الغرر ونحوه ويقال أن مقتضى الصحة موجود والمانع أی الغرر مثلا مرتفع فيؤثر المقتضى أثره.

وبالجملة أن باب المقتضى والمانع مما لا يترتب عليه شیء بوجه ما لم يتحقق الموضوع بجميع قيوداته فی الخارج فاذا تحقق فترتب عليه الأثر.

ثم انك عرفت أن وجه جواز بيع الراهن مع الغض عن جوازه استقلالا فی نفسه انما هو وجهان:

الوجه الاول: أن الظاهر من الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف هو التصرف الاستقلالی وکون کل منهما مستقلا فی التصرف من غير أن يکون لنظر الاخر دخالة فيه، وأما التصرفات الغير الاستقلالية فلا محظور فيها لکونها خارجة عن اطلاق الحديث فيکون مشمولا للعمومات وأما اذا باع الراهن الوثيقة ففكّ الرهن قبل الاجازة أو سقط الدين بابراء ونحوه فلا وجه لخروج ذلك عن اطلاق الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف، بل هو شامل لمابعد الفك وماقبله لان فی زمان العقد لم تکن اجازة المرتهن ولا أن الراهن کان تصرفه نافذا على الاستقلال وفی زمان کان الراهن نافذ التصرف لم يکن هنا بيع فلا وجه للتصحيح.

ومن هنا ظهر أنه لا موضوع لاستصحاب عدم اللزوم الحاکم على العموم کما فی کلام المستدل على الفرق بين الفكّ والاجازة وللجواب عنه بأن المورد من موارد التمسك بالعام لعموم أوفوا على جميع الانات سوى زمان الرهن فان البيع فيه غير لازم وأما فی غيره فالعمومات محکمة، ووجه عدم الاحتياج، أنه بعد وجود الرواية لا شرح للأصل وأنه مخصص للعمومات فلا محال.

للتمسك بها كما عرفت٠

الثانى : أنه مع الغض عن الوجه الاول أن ما دل على جواز نكاح العبد وصحته معللا بأنه لم يعص الله وانما عصى سيده دل على جواز بيع مالرهن مع رضا المرتهن بدعوى ان المستفاد منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الادمى يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع وحصول الرضا و ليس ذلك كمعصية الله اصالة فى ايقاع العقد التى لا يمكن أن يلحقها الرضا الله وأما فى غير ما لا يمكن فيه رضا المرتهن فلا مورد للتمسك بما ورد فى نكاح العبد، بل نتمسك باطلاق الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف بناء على صحة التمسك به كما عليه المشهور والغض عما بنينا عليه من جواز بيع الراهن استقلالا كما عرفت،فان ما لا يجوز بيع الرهن انما هو البيع الذى يكون كبيع الغاصب بحيث جعل المبيع كغير الرهن ويعامل معه معاملة الملك الطلق لا البيع الذى لا ينافى فى الرهنية بوجه٠

والحاصل : أنه ربما يفرق بين فكّ الرهن وبين اجازة المرتهن ، و الالتزام بالصحة فى الثانى وبالفساد فى الأول وقد أجاب عنه المصنف و تبعه الاستاذ بان مقتضى الصحة فى بيع الراهن العين المرهونة موجود و المانع عن تأثيره انما هو حق المرتهن فاذا ارتفع بالفكّ فيؤثر المقتضى اثره

وفيه أن الاحكام الشرعية خارجة عن باب المقتضى والمانع بل القيودات والشرائط فيها معتبرة فى الموضوع فيدور الحكم مدار وجود الموضوع ، و واجديته تمام الشرائط فاذا لم يتم شىء من شرائطه فلا يترتب الحكم عليه فصحّة بيع الرهن انما هى مترتبة على اجتماع كل من الراهن والمرتهن على البيع فان اجتمعا فى ذلك فيصحّ و اذا استقل كل منهما فى التصرف فيبطل كما هو مقتضى الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف و على هذا

فلو باع الراهن العين المرهونة وقبل اجازة المرتهن فك الرهن باسقاط الدين أو بأدائه فلا يمكن الحكم بصحته لشمول اطلاق الخبر له ما قبل فك وما بعده فيكون باطلا ٠

وبعبارة أخرى صحته كانت متوقفة على اجازة المرتهن فلم تحصل بل ارتفع موضوعها و من الواضح أن الخارج عن تحت الخبر انما كان صورة اجتماع الراهن والمرتهن على البيع وأما غيرها فكان داخلا تحت الاطلاق فلا يشمله عموم أحل الله البيع وأوفوا بالعقود ، وغيرهما من العمومات ، فانها وجد قبل الفك لم يكن الشرط فيه موجودا وهو اجازة المرتهن ، وأما بعد الفك فلم يوجد البيع ليكون مشمولا لعموم الوفاء بالعقد ، فافهم ٠

وأما ما ادعاه المصنف من أنه لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب وارتفاعه فالمقام من باب وجوب العمل بالعام من باب استصحاب حكم الخاص كما زعمه المتوهم فانه وان كان متينا بالنسبة الى عدم جريان الاستصحاب لتبدل الموضوع مضافا الى عدم جريانه فى الاحكام الكلية كما حقق فى محله ولكن لا يتم من جهة التمسك بالعام أيضا لما عرفت أن اطلاق الراهن والمرتهن شامل للمورد فيكون مخصصا لعموم العام ٠

وتحصل أنه اذا باع الراهن العين المرهونة ثم فكّ الرهن فيكون البيع فاسدا فلا مجوّز للتصحيح ٠

ثم بناء على الصحة فهل مقتضى القاعدة هنا ايضا الكشف كالفضولى أو النقل الظاهر هو النقل لماعرفت أن دليل الكشف هو الخبر الوارد فى باب النكاح من أنه تحلف المراءة أنها كانت راضية بالنكاح لو بقى زوجها وتعدينا من ذلك الى كل عقد من جهة القطع بعدم الفرق بينها ، وأما

المقام فلا وجه للتعدى اليه حتى لوجوزنا التعدى الى صورة اجازة المرتهن اذ ليس هنا اجازة حتى تكشف عن حصول الملكية من الاول ونتعد من خبر النكاح اليه ، بل ليس هنا الآ الفكّ فلا موجب للكشف فى مقام الاثبات وانما مقتضى القاعدة هو النقل .

واما بناء على ماذكرنا من كون الكشف على القاعدة فكك أيضا فأنا قلنا به من جهة تعلق الاجازة على العقد من الاول من حين الاجازة و ليس هنا اجازة لتتعلق بالعقد ويكشف عن الملكية من الاول .

ثم لو قلنا بالكشف ايضا فهل يحكم بلزوم العقد من طرف الراهن بحيث ليس له أن يفسخ العقد أم لا ، فحيث أن المصنف قد قال فى البيع الفضولى أن الامر بالوفاء بالعقد حكم انحلالى بالنسبه الى كل شخص كما أنه حكم انحلالى بالنسبه الى كل فلكل من البايع والمشترى أمر بالوفا بالعقد مستقلا وعلى هذا فيجب للراهن الوفاء بالعقد كالمشترى الاصيل فلا يجوز له فسخه ولا ابطاله بالاذن للمرتهن فى البيع .

وفيه أن معنى الوفاء هو الاتمام والانهاء والوفاء بالعقد هو انهاءه ولا يتم ذلك الآ بعد تحقق العقد والالتزام وهو لا يحصل الا من الطرفين فالشارع المقدس انما يحكم باتمام العقد وانهائه اذا كان العقد حادثا وامضائه حدوثا ثم يحكم ببقائه بقاء وليس كك اذ الشارع لم يمض العقد بعد فكيف يحكم بانهائه فانه لا يتم بالتزام البايع فقط وفى المقام لا يتم بالتزام الراهن فقط بدون رضاية المرتهن وهذا نظير بيع الصرف و السلم قبل القبض فهل يتوهم أحد بجواز التمسك بالعمومات قبل القبض و كك مثل الوقف قبل القبض .

ثم بناء على اللزوم وعدم جواز فسخه فهل يجب للراهن فك الرهن

لیبقى البیع وینهیه الى الاخر أو لا یجب وقد تردد المصنف فی المسألة وقال یمكن أن یقال بوجوب فكّه من مال آخر اذ لا یتم الوفاء بالعقد الثانی الاّ بذلك فمن باب المقدمة یجب الفكّ لیحصل الوفاء به .فالوفاء بمقتضى الرهن غیر مناف للوفاء بالبیع.

ویمكن أن یقال انه انما یلزم الوفاء بالبیع بمعنى عدم جواز نقضه وأما دفع حقوق الغیر وسلطنته فلا یجب ولذا لا یجب على من باع مال الغیر لنفسه أن یشتریه من مالكه ویدفعه الیه بناء على لزوم العقد بذلك .

والظاهر هو الثانی فان الأمر بالوفاء بالعقد ارشاد الى أنه لا ینقضی بالفسخ ولو أراد ان یفسخ فلا ینفسخ ،وأما أنه من المحرّمات بحیث یكون الوجوب تكلیفیّا فلا اذ لا یمكن أن یكون أمر واحد ارشادیا و تكلیفیا معا بحیث یكون أمر واحد متكفلا لجهتین كما هو واضح . لا یخفى وعلیه فلا یجب للراهن فكّ الرهن وان قلنا باللزوم مقدمة الاداء والوفاء .

ثم انه لو قلنا بكون الامر بالوفاء تكلیفیا ایضا فلو امتنع فهل یباع علیه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك ،وان لزم من ذلك ابطال بیع الراهن لتقدم حق المرتهن أو یجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر جمعا بین حقی المشتری و المرتهن اللازمین على الراهن البایع وجهان ،كمافی المتن الظاهر هو تقدیم حق المرتهن كما هو واضح . وأما مع انحصار المال فی المبیع فلا اشكال فی تقدیم حق المرتهن كما هو واضح .

الكلام فی بیع الغرری

قوله : مسألة الثالث من شروط العوضین القدرة على التسلیم ، فان

الظاهر الاجماع على اشتراطها فى الجملة ·

أقول : ومن جملة شروط العوضين القدرة على التسليم تنقيح مورد البحث هو أن المراد من القدرة على التسليم هو القدرة الفعليه بمعنى التمكن على التسليم عند البيع فلو قدر المشترى على التسلّم و لم يقدر البايع على التسليم فيكون البيع صحيحا ولكن كان للمشترى الخيار اذ ليس عليه التسلّم ، بل يجب للبايع التسليم وكذا يثبت الخيار للمشترى اذا كان البايع قادرا على التسليم حين البيع ثم طرء له العجز ، بل يجوز للمشترى طلب الاجرة على الاستفادة فكل ذلك ليس موردا للكلام ، وانما مورد البحث ماكان التعذر من المنتقل عنه والمنتقل اليه معا و مثلوا لذلك ببيع السمك فى الماء والطير فى الهواء ثم لم ينقل الخلاف من العامة والخاصة فى اعتبار هذا الشرط الاّ أن العامة خالفوا فى بيع الأبق فقالوا بعدم الصحة و لم ينقل الخلاف من الشيعة فى اعتبار هذا الشرط ، الاّ من الفاضل القطيفى المعاصر للمحقق الثانى ·

ثم ان الدليل على اعتبار هذا الشرط وجوه : الاول : قوله (ع) نهى النبى (ص) عن بيع الغرر المشهور بين العامة والخاصة فيقع الكلام تارة فى سند الحديث وأخرى فى دلالته ، أما الاول فلا شبهة فى ضعفه لكونه نبويا الاّ انه اشتهر الاستدلال به فى المسألة وعليه فان كانت الشهرة مستندة الى الحديث وقلنا بكونها جابرة لضعف السند فبها و الاّ فلا يمكن الاستدلال به واثبات كل من الصغرى و الكبرى مشكل جدا ·

وأما دلالته على المقصود فغرّ تارة يوخذ متعديا فيكون بمعنى الخديعة والغفلة يقال غرّه أى خدعه كما فى الصحاح والقاموس وغيرهما ويظهر ذلك من الرواية المروية عن أمير المؤمنين (ع) أنه عمل ما لا يؤمن

معه من الضرر كما فى لسان العرب، ثم حكى المصنف: عن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر بالغفلة أنه نهى عن بيع الغرر وهو ما كان له ظاهر يغرّ المشترى وباطن مجهول وبالجملة أن الظاهر من جملة من أهل اللغة ان الغرر بمعنى الخديعة.

وتارة أخرى يستعمل لازما فيكون بمعنى الخطر كما فى المصباح و الأساس والمغرب والجمل وفى لسان العرب نسبه الى بعض و ان كان بمعنى الخديعة فيكون النهى تكليفيّا محضا ونهيا عن خصوص التغرير فلا يكون ناظرا الى الجهة الوضعى الا أن المشهور استدلوا به على البطلان وان كان بمعنى الخطر فيكون ناظرا الى الجهة الوضعى فحيث أن تعين أحد المعنيين غير معلوم فلا يمكن الاستدلال به و العلم الاجمالى بأحدهما لا يفيد لكون كل منهما مشكوكا بالشبهة البدوية وليس بينهما جامع كلى يوجب العلم التنجزّ.

نعم بناء على كون الغرر بمعنى الخطر فيستدل به على البطلان و لا يفرق فيه بين ماكان الجهل متعلقا بحصوله بيد من انتقل اليه أم بصفاته كمّا أو بصفاته كيفا كما ذكره المصنف، واما اذا تعلق بأصل الوجود فيكون من باب بيع ما لا يملك فيكون خارجا عن المقام وربما يقال ان المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه وعدمه ضرورة حصوله فى بيع الغائب خصوصا اذا كان فى بحر ونحوه، بل هو أوضح فى بيع الثمار والزّرع ونحوهما.

وفيه أولا : انه ان كان بيع الغائب مما يوثق بحصول المبيع فليس فيه خطر بوجه فان ذلك من قبيل العلم بالحصول ضرورة قيام الاطمينام مقام العلم وكونه علما، وان لم يوثق بحصوله فيكون عين المتنازع فيه فلا يكون فيه

امتياز بوجه٠

وثانيا : ماذكره المصنف أن الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشترى اعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله فلا وجه لتقييدكلام أهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثالين المذكورين واحتمال ارد تهم ذكر المثالين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده يدفعه ملاحظة اشتهار التمثيل بها في كلمات الفقهاء للعجزعن التسليم لا للجهال بالصفات، هذا مضافا الى استدلال الفريقين من العامة و الخاصة بالنبوى المذكور على اعتبار القدرة على التسليم٠

وبالجملة لا وجه لهذه الدعوى من العرف واللغة والشرع وفي مقابل هذا القول ما عن الشهيد في القواعد حيث قال الغرر ماكان له ظاهر محبوب وباطن مكروه وشرعا هو جهل الحصول ومجهول الصفة فليس غررا و بينهما عموم وخصوص من وجه فانه مضافا الى اطلاق الرواية أنه ليس للغرر حقيقة شرعيةحتى يتعد بها كما لا يخفى و لكن الذى يسهّل الخطب أن كون الرواية ناظرا الى الحكم الوضعي محل تأمل ،بل منع كما عرفت ثم انه هل العلم بوجود الخطركالجهل بالمبيع أم لا ،الظاهر هو الاول لا من جهة الفحوى بل من جهة خطرية المعاملة كما لا يخفى٠

الوجه الثاني : ماذكره شيخنا الاستاذ من أنه لو لم يمكن التسليم و التسلّم فهذا المال لا يعتبره العقلاء مالا ولا يترتّبون عليه أثرا ولذا مثل الاساطين لفقد هذا الشرط ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء مع عدم رجوعهما الى الحالة التي يمكن اقباضهما وقبضهما٠

وفيه أنه على فرض اعتبار المالية في صحة البيع فهذا الوجه انما يتم في الجملة أي فيما لا يكون المبيع في نظر العرف مالا كبيع الطير في الهواء

والسمكة فى الماء فان العرف لا يراهما مالا ، بل ربما يعدونهما من التلف العرفي وأما فيما لم يكن المبيع الذي لا يقدر على تسليمه من التالف كما اذا غصب الغاصب المبيع ولم يكن البايع قادرا على الانقاذ فانه لا يعد ذلك فى العرف تالفا وغير مال ، بل يعدّ مالا كما لا يخفى على أنه لا دليل على اعتبار المالية فى المبيع كما تقدم فى أول البيع.

والكلام فى القدرة على التسليم وتحقيق المقام أن المراد من القدرة على التسليم هى القدرة الفعلية سواء كان القادر على ذلك هو البايع أو المشترى غاية الأمر اذا لم يكن القدرة الآ من المشترى فيكون له الخيار بل جازت له مطالبة الأجرة ومع عدم القدرة الفعلية كان داخلا فى محل البحث انه صحيح أو فاسد ، نعم لو كان البايع أو المشترى قادرا على التسليم أو التسلّم ثم صار عاجزا فهو خارج عن محل الكلام ، بل يثبت للمشترى خيار تعذّر تسليم المبيع.

ثم انه استدل على البطلان مع العجز عن التسليم بوجوه :-

الاول : قوله(ع) نهى النبى (ص) عن بيع الغرر فتارة يراد منه معنى الخديعة فيكون النهى متمحضاً للنهى التكليفى فلا يكون موجبا للفساد وقد ذكر ذلك جملة من أهل اللغة.

وأخرى يراد من الغرر معنى الخطر فيكون النهى ناظرا الى الحكم الوضعى ، وقد ذكر ذلك ايضا جملة من أهل اللغة فحيث لا قرينة على اراد المعنى الثانى فلا يمكن الاستدلال بالنبوى على بطلان البيع الغررى و اعتبار القدرة على التسليم فى المعاملة وان كان صحيحا من حيث السند فان احتمال ارادة الخديعة يوجب منع ظهور النبوى فى الخطر.

نعم استدل المشهور من الخاصة والعامة به على الفساد و دعوى

العلم الاجمالي بكون أحد المعنيين مرادا من النبوي لا يوجب الفساد من جهة تنجيز العلم اذ لا وجه لكونه موجبا للتنجيز فان الخديعة محرمة جزما من الخارج مع قطع النظر عن ارادة الخديعة من النبوي نظير الغش و التدليس كما تقدم في المكاسب المحرمة .

ثم انه بناء على ارادة الخطر من الغرر كما استدل المشهور من الفريقين فلا يفرق فيه بينما كان الجهل متعلقا بالحصول أم بالصفات من حيث الكيفية أم من حيث الكمّيّة فان الجهل بكل منها يوجب الخطر فيكون البيع فاسدا .

وأما الجهل بأصل الوجود فهو خارج عن المقام وانما هو من صغريات بيع ما لا يملك ودعوى اختصاص الغرر بصورة الجهل بالصفات لا وجه لها فان الجهل بالحصول أعظم غررا من الجهل بالصفات ، بل من هذا ما ذكره المشهور من الأمثلة من بيع السمك في الماء والطير في الهواء فكأن صورة الجهل بالحصول مما تسالم عليه الكل بكونه موجبا للغرر كما لا وجه لدعوى اختصاصه بالجهل بالصفات لكونه معنى شرعيّا للغرر وذلك لعدم ثبوت الحقيقة الشرعية في ذلك .

ثم ذكر المصنف وكيف كان فلا اشكال في صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوي المذكور الاّ أنه أخص من المدعى لان ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة ونحوه ليس في بيعه خطر لان الخطر انما يطلقه في مقام يحتمل السلامة ولو ضعيفا لكن هذا الفرد يكفي من الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة وكون أكل الثمن في مقابله أكلا للمال بالباطل .

وفيه أنه تقدم غير مرة أنه لا دليل على بطلان البيع السفهي وانما

الدليل على بطلان بيع السفيه وأنه تقدم مرارا ايضا أن آية حرمة أكل المال بالباطل ناظرة الى الأسباب واجنبيّة عن شرائط العوضين ·

وأما أصل المطلب أن النبوىّ وان لم يكن شاملا للمقام الآ أن الخطر بمعنى الهلاكة فاذا كان احتمال الهلكة موجبة للفساد وفى صورة العلم بالهلاكة أولى بالفساد ·

ومن جملة مايستدل به على اعتبار هذا الشرط النبوى المستفيض لا تبع ما ليس عندك وذكر المصنف أن كونه عنده لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب والسلف اجماعا فهى كناية لا عن مجرّد الملك لأن المناسب حينئذ لفظة اللام ولا عن مجرّد السلطنة عليه والقدرة على تسليمه لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصة والعامة على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالكها خصوصا اذا كان وكيلا عنه فى بيعه ولو من نفسه فان السلطنة والقدرة على التسليم حاصلة هنا مع أنه مورد السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده وان كان غائبا وبالجملة فمراده أنه لا بد من ارادة المعنى الجامع الأعم من الملك والحضور ·

أقول : أما قوله لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب والسلف فالظاهر أن ذكر السلف من سهو القلم فانه بأى معنى يفسّر النبوى فالسلف خارج عنه لعدم كونه ملكا وكونه غائبا ايضا ·

وأما ارادة الحضور من لفظ عندك فواضح البطلان لما ذكره المصنف من صحة بيع الغائب وأما ارادة الجامع الشامل لعدم الملك وعدم القدرة على التسليم فايضا فاسد لعدم القرنية عليه بل الظاهر من النبوى ارادة الملك ودعوى ان المناسب ذكر اللام حينئذ لا توجب عدم ارادة الملك ، فان من

المتعارف حتى الآن بل فى سائر الاسنة استعمال كلمة عند فى الملكيه و يقال أنه ليس عندى أى لا املكه فلايمكن الاستدلال بالنبوى على اعتبار هذا الشرط.

وأما ماذكره من قوله مع أنه مورد الرواية عند الفقهاء بل هو مورد الرواية فانه (ره) ذكر فى البيع الفضولى أن العلامة (ره) روى أن الحكيم ابن حزام الدلال سأل عن بيع العين الشخصية مع عدم كونها عنده فقال (عليه السلام) لا تبع ماليس عندك.

ومن هنا ظهر مافى كلام المصنف من قوله ،وأما الايراد عليه بدعوى أن المراد به الاشارة الى ما هو المتعارف فى تلك الأزمنة من بيع الشىء الغير المملوك ثم تحصيله بشرائه ونحوه ودفعه الى المشترى فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد وليس فى الاخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر مايشهد باختصاصه بهذا المورد.

ووجه البطلان ماعرفت من رواية العلامة فان السائل عنها انما سئل عن خصوص البيع الشخصى الذى ليس عنده ثم يشتريه من الغير فيعطيه اياه.

وبالجملة أن الظاهر من قولهم (ع) لا تبع ما ليس عندك هو نفي الملكيّة لا نفى الحضور ولا نفى القدرة على التسليم والاستدلال عليه ولا الجامع بين المجموع ثم ذكر المصنف نعم يمكن ان يقال أن غاية ما يدل عليه هذا النبوى، بل النبوى الاول ايضا فساد البيع بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الأثر المقصود فلا ينافى وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر وتحقق كونه عنده، ولو أبيت الا عن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغوية العقد رأسا ، المنافية لوقوعه مراعى دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر وبين اخراج

بيع الرهن وبيع ما يملكه بعد البيع وبيع العبد الجانى عمدا وبيع المحجور لرق او سفه أو فلس فانّ البايع فى هذه الموارد عاجز شرعا من التسليم و لا رجحان لهذه التخصيصات فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به.

وبالجملة فمراده أنه لو التزمنا بدلالة النبويين على فساد البيع من الاول لزم من ذلك التخصيص الاكثر لخروج جملة من الموارد عن تحتهما وكونها صحيحة بالاجازة فهما يدّلان على الفساد اذا لم يرتفع الغرر و لم يكن مالكا الى الأبد لا مطلقا.

وفيه أولا أن ظهور قوله نهى النبى عن بيع الغرر هو فساد البيع من الاول من غير أن يكون مرعى بانتفاء الغرر ويكون صحيحا بعده ولا يقاس ذلك ببيع الفضولى وبيع الراهن كما تقدم.

و ثانيا أنه لا يلزم التخصيص الاكثر بخروج ثلاثة موارد من تحت الرواية وانما يلزم ذلك اذا كان الخارج بالنسبة الى الباقى كثيرا ،مثلا لو قال المولى أكرم العلماء ،ثم قال لا تكرم زيدا ، و لا تكرم عمروا ،و لا تكرم بكرا ،فلا يلزم من ذلك تخصيص الاكثر ،وانما يلزم ذلك اذا لم يبق تحت العام الا مصداق أو مصداقين.

وثالثا :أن الموارد التى ذكرها المصنف ليست تخصيصا لنهى النبى عن بيع الغرر بل كلها اجنبى عن النبوى وذلك فان بناء الاستدلال على كون الغرر فيه بمعنى الخطر والمهلكة ومن الواضح أنه لا خطر فى شىء من المذكورات فان المشترى اما يرضى بذلك أو لا يرضى لعلمه بالحال و مع ذلك أىّ خطر فى ذلك ومع عدم العلم بالحال يثبت له الخيار كما لا يخفى

وأما ماذكره من لزوم خروج بيع ما يملكه بعد البيع فهو خارج عما نحن فيه بالكليّة وانما هو بيع باطل لكونه بيعا لما لا يملك فيشمله قوله(ع) لا تبع ما ليس عندك على أن بيع الرهن ليس الاّ كسائر البيوع الفضولية غاية الامر هذا فضولى من المالك الراهن فلاوجه لاخراج خصوص بيع الراهن فقط دون بقية البيوع الفضولية ·

وأما النبوى الثانى ففيه أولا أن ظهوره هو أن كون المبيع عند البايع من الاول وأنه شرط لصحة البيع من الاول فلايرتفع الفساد بطروّ العندية ، بل هو باق على فساد الى الابد·

وثانيا : أنه لا يلزم من خروج ثلاث موارد منه تخصيص للاكثر أصلا ·

وثالثا :ليس أكثرها تخصيصا للنبوى فضلا عن أن يكون اكثرونك أما بيع العبد الجانى عمدا فلأن ما يتوهم من المانع عن صحة البيع هو تعلق حق الغير به بأن يسترقه أو يقتله ولكنه ليس بمانع وذلك لما تقدم في المسألة السابقة من أنه لا يشترط فى استيفاء حق الجناية بقاء الجانى فى ملك من كان مالكا له حين الجناية فلامانع من بيعه ومجرد تعلق حق المجنى عليه أو ورثته به لا يوجب عدم نفوذ بيع مولاه لعدم كون البيع مانعا عن استيفاء الحق غاية الأمر يثبت الخيار للمشترى مع الجهل بالحال ،فان كونه جانيا عيب فى العبد وبالجملة بعد مااعترف المصنف (ره) فى المسألة السابقة بصحة بيع العبد الجانى غاية الأمر يثبت الخيار للمشترى مع الجهل بالحال و الاّ فلايشمله قوله(ص) نهى النبى (ص) عن بيع الغررى حتى يكون خروجه تخصيصا ·

وأما بيع المحجور لسفه او رّق أو فلس فان رضى من له البيع على ذلك كالولى والغرماء صح البيع فليس فيه غرر و ان لم يرض به فيكون باطلا

من الاول لا من جهة الغرر بل من جهة عدم نفوذ بيعهم بدون اجازة الولى والغرماء .

وأما الرهن فان قلنا بأن اشتراط القدرة على التسليم لا يشمل التعذر الشرعى وانما يختص بالتعذر الخارجى فلا اشكال فى صحة بيع الراهن لكون المنع هنا شرعيا وهذا هو الظاهر فان العجز الشرعى وان كان العجز الخارجى الاّ أن محط نظر الاساطين فى هذا الشرط هو عدم القدرة خارجا ولذا يمثّلون لما لا يقدر على تسلمه ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء ، وان قلنا بشمول التعذر الشرعى فيكون بيع الراهن داخلا تحت النبوى لكونه من مصاديق بيع ما ليس عنده شرعا فيكون القول بالصحة فيه كما هو المشهور تخصيصا وعلى هذا فيكون الخارج عن مصداق واحد على فرض واحد .

وبالجملة فظهور النبوى فى فساد البيع من الاول ومع القول بالتخصيص فليس تخصيصا للاكثر على أنه لا تخصيص الاّ فى فرد واحد ومما استدل به على اعتبار هذا الشرط فى البيع من أن لازم العقد وجوب تسليم لكل من المتباعين العوضين الى صاحبه لكن التسليم ليس بممكن فلا يصح العقد فمقتضى القياس الاستثنائى هو فساد العقد مع تعذّر التسليم وأجاب عنه المصنف بأنه ان أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمة وان أريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشروطا بالتمكنّ كما لو تجدد العجز بعد العقد .

وفى كلام المصنف مسامحة واضحة فان قوله وجوبا مطلقا لا يستقيم اذ لا معنى للوجوب المطلق سواء تمكن أم لم يتمكن بل التكاليف كلها مشروطة بالقدرة والتمكن والاولى أن يقال انه ان أريد أن لازم العقد وجوب التسليم

وجوبا فعليّا منعنا الملازمة وان اريد مطلق وجوبه فلاينافى كونه مشروطا .

ثم قال المصنف وقد يعترض باصالة عدم تقيد الوجوب ثم يدفع بمعارضته باصالة عدم تقيد البيع بهذا الشرط وفى الاعتراض و المعارضه نظر واضح .

أقول : لا ربط لهذا الكلام أصلا اذ عرفت أنه لا معنى لاصالة عدم تقيد الوجوب بعد مااستحال اطلاقه ضرورة تقيد كل وجوب بحال التمكن ومع قبول اطلاقه فالاصل يقتضى هنا التقيد فانه مع الشك فى الوجوب بدون حصول القيد يتمسك بالبرائة وايضا مع الغض عن جميع ذلك لا وجه لمعارضة ذلك باصالة عدم تقيد البيع لما عرفت فى محله أن مقتضى الاصل فى العقود هو الفساد وكلما يشك فى اعتبار قيد فلابدّ من اعتباره فتكون النتيجة هو التقيد .

ومن الوجوه التى استدل بها على اعتبار هذا الشرط هو أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير اليه ولا يتم الا بالتسليم .

وفيه ما ذكره المصنف (ره) من منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم لجواز الانتفاع فى العبد مثلا بمثل العتق على أنه يجوز الانتفاع به بعد التسليم وفي وقت حصوله .

ومن الوجوه أن بذل الثمن على غير المقدور سفه فيكون ممنوعا و أكله أكلا للمال بالباطل وأجاب عنه المصنف بأن بذل المال القليل فى مقابل المال الكثير المحتمل الحصول لا يكون سفها .

على أنا ذكرنا كرارا أنه لا دليل على بطلان البيع السفهى و أنما الدليل على بطلان بيع السفيه ففى البيع السفهى نتمسك بالعمومات ونحكم بصحته .

وتحصل أن ماذكره المصنف من الوجوه على اعتبار القدرة على التسليم لم يتم شئ منها فلاوجه للحكم بالفساد بل نحكم بالصحة غاية الامر يثبت الخيار للمشترى .

و ذكر شيخنا الاستاذ أن الوجه فى اعتبار القدرة على التسليم أن ما تعذر تسليمه ليس بمال فيكون البيع باطلا لذلك لان العقلاء لا يرتبون عليه أثرا ولذا مثل الاساطين لفقد هذا الشرط ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء مع عدم اعتبار رجوعهما الى الحالة التى يمكن اقباضهما ثم أورد على نفسه بأنه لا يقال لوكان فى هذا النحو من المال قصور فى جهة المالية لزم جريان قاعدة التلف قبل البيع فيه لو فرض كونه حال العقد مثل سائر الاموال ، ثم قبل التسليم صار كذلك ثم أجاب بانه وان كان هذا المال فى عالم الاعتبار قاصرا عمّا عليه سائر الاموال الآ أنه ليس كالعدم بحيث يعد تالفا وقاعدة كون التلف قبل القبض من مال بايعه تختص بما اذا تلف حقيقة ولا تشمل بما اذا نقصت ماليته ولذا لو باع الجمد فى الصيف أو الماء فى المفازة ولم يسلّمه الآ فى مكان نقصت قيمته وضعفت اعتباريه العقلائية لا يلتزمون بانفساخ المعاملة لقاعدة التلف قبل القبض .

وتحقيق المقام أن يقال أن المال الذى يتعذّر تسليمه على أقسام :

الاول : أن يكون مع تعذّره مما يمكن للمشترى الانتفاع به ، كالعبد الآبق والجارية الآبقة فانه وان كان تعذّر تسليمهما لاجل الاباق و لكن يمكن الانتفاع بهما بالعتق ، وعلى هذا فلا يوجب التعذر تسليم خروج المال المتعذر عن المالية وان كان تنقص قيمته لاجل التعذر تسليم فماذكره من كون التعذّر موجبا لزوال المالية لا يتم هنا لامكان انتفاع المشترى بذلك و على هذا فيصح البيع هنا بمقتضى القاعدة حتى بناء على اعتبار المالية فى البيع .

الثانى :أن لا يمكن الانتفاع به لاحد لا المتباعين ولا غيرهما بحيث يوجب التعذر لحوقه بالتالف وبالمعدوم فهذا مما لا شبهة فى عدم جواز بيعه حتى بناء على عدم اعتبار المالية فى المعاوضة فانه انما لا يعتبرعلى هذا المسلك كون المبيع مالا لا غير موجود فانه لم يختلف أحد فى اشتراط الوجود فيه فتكون البيع فاسدا حينئذ وهذا نظير ما اذا صاد طيراوحشيّا أوغزالا وحشيّا أوغيرهما من الحيوانات البرية الغير الأهلية ثم أبق فانه لا يرجع عادة فيكون فى حكم التلف عرفا ولذا لا يصحّ أن يقال أن لفلان حيوانا فى هذا المفازة وهكذا المال الذى وقع فى البحر كالخاتم والدرهم والدينار ونحو ذلك فان العرف يرى ذلك تالفا ولا يرون فى تلك الاموال اضافة الى مالكه بوجه لا اضافة المالية ولا اضافة الملكية ولا اضافه الحقيه و هذا القسم لا شبهة فى عدها من التالف وعلى هذا فلو باع أحد ماله ثم وقع فى البحر قبل القبض او صاد غزالا أو طيرا ثم أبق قبل القبض لا شبهة فى عدّ ذلك من التالف فتشمل عليه القاعدة المعروفة كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه فان ذلك وان لم يكن معدودا من التلف الحقيقى ولكنه يعدّ من التلف العرفى .

وبالجملة ماكان يتعذر التسليم ومع ذلك لا يمكن لاحد أن ينتفع به فيكون عرفا من التالف فلا يبقى فيه اضافة الى المالك أىّ اضافة كانت فلا يصحّ البيع مع هذا التعذر بل يبطل البيع مع طروّ مثل ذلك التعذّر .

الثالث : أن يكون التعذّر موجبا لعدم امكان الانتفاع للمتبايعين فقط دون الاشخاص الاخر كما اذا غصب الغاصب دار زيد فجلس فيها و لكن لا يتمكن زيد عن انقاذها ولا من يريد بيعها منه ولا يمكن لهما أن ينتفعا بها بوجه الاّ أن ذلك لا يوجب عدم جواز الانتفاع بأصل الدّار و

كونها ساقطة عن المالية بالكلية بحيث لم يرغب اليها أحد ولا ينتفع بها شخص والاّ لما غصبها الغاصب، بل لم تنقص قيمة هذه الدار ايضا فكيف بكونها ساقطة عن المالية .

وعلى هذا فما ذكره شيخنا الاستاذ من كون التعذر موجبا عن الخروج عن المالية انما يتّم فى الفرض الثانى فقط لا فى غيره من الفروض فلا كلية له وفى هذا الفرض الثانى يبطل البيع حتى مع عدم اعتبار المالية أيضا لعدم وجود المبيع لا من جهة عدم المالية لما عرفت من كونه لاحقا بالتالف فلاتصل النوبة بماذكره الاستاذ وفى هذا الفرض الثانى ماذكرها لمستشكل من لزوم كونه موجبا لبطلان البيع لوطرئه ذلك العارض قبل القبض والاقباض هذا ماتقتضيه القاعدة .

وأما بحسب الروايات فقد ورد صحيحا فى المسألة الآتية فى العبد الآبق والجارية الابقة أنهما يباعان مع الضميمة معلّلا بأنه لو لم يرجع العبد و الامة يقع الثمن فى مقابل الضميمة فان المستفاد من عموم التعليل هوجواز البيع مع الضميمة مطلقا سواء كان الآبق هو العبد أو الأبل أوغيرهما ويصحّ البيع فى مطلق الشارد كما لا يخفى ولكن المشهور لم يعملوا بالروايات فى غير العبد الآبق و الجارية الآبقة و لم يعملوا بعموم التعليل كما هوواضح فتدل الرواية على عدم جواز بيع غير العبد الآبق من الموارد التى يتعذر فيه التسليم بطريق اولى فانه اذا لم يصحّ بيع العبد الآبق منفردا مع جواز الانتفاع به بالعتق وفيما لا ينتفع به لا يصحّ بالاولوية .

قوله : ثم ان معاقد الاجماعات كما عرفت كون القدرة شرطا .

أقول : قد وقع الخلاف فى أن القدرة على التسليم شرط للبيع أو العجز عنه مانع بعد الفراغ عن أصل الاشتراط وقد أكد الشرطية فى عبارة

الغنية حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط ومع ذلك كلّه فقد استظهر صاحب الجواهر من عبارة الغنية أن العجز مانع لا أن القدرة شرط للبيع وتظهر الثمرة فى مورد الشك حيث أنه لو اعتبرت القدرة شرطا لا يجرى الاصل ولو اعتبر العجز مانعا فنتمسك بالاصل ثم ذكر مسألة اختلاف الأصحاب فى الضال والضالة وجعله دليلا على أن القدر المتفق عليه ما اذا تحقق العجز.

وقد أشكل عليه المصنف أولا بأن صريح تسالم الفقهاء ومعاقد اجماعهم خصوصا عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هى شرطية القدرة فلاوجه لجعل مانعا عن البيع.

وفيه أنه لا حجية فى تسالم الاصحاب واجماعاتهم خصوصا بعد عدم كون هذه التدقيقات مغروسا فى أذهان السابقين من أن العجز مانع أو القدرة شرط وكذلك صاحب الغنية فان بنائهم التعبير عن اعتبار القدرة على التسليم فى البيع بعبارة ومن البعيد التفاتهم على كون القدرة شرطا أو اعتبار العجز مانعا.

وبالجملة بعد ما لم يكن هذا الاختلاف موجودا فيهم فلاوجه لدعوى الاجماع على احد فى الاختلاف على أن الظاهر من قوله (ص) نهى النبى عن بيع الغرر هو كون الغرر مانعا عن البيع فان النهى ارشاد الى المانعية أى أنّ البيع الغررى ممنوع وخارج عن تحت العمومات الدالة على الصحة واللزوم.

وذكر المصنف ثانيا أن العجز أمر عدمىّ لأنه عدم القدرة عمّن من شأنه صنفا أو نوعا أوجنسا أن يقدر فكيف يكون مانعا من ان المانع هو الأمر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم كان ممنوعا لاجله ويلزم منه انتفائه

فلاوجه لجعل العجز الذى هو الأمر العدمى من قبيل المانع الذى يلزم من وجوده العدم فانه لامعنى لجعل عدم القدرة مانعا الاّ لجعل عدم القدرة الذى هو وجود القدرة شرطا كما لا يخفى ٠

و فيه أن الامر العدمى لا يكون مانعا اذا كان يقابل الوجود تقابل السلب والايجاب لكونه عدما محضا وغير ممتاز فضلا عن أن يكون مانعا ٠

وأما العدم الخاص الذى يقابل الوجود تقابل العدم والملكة فله حظّ من الوجود فيمكن أن يعتبر مانعا مثلا للشارع أن يعتبر العجزمانعا عن صلاة الجماعة وأن يعتبرعدم الجهل الذى يقابل العلم تقابل العدم والملكة فى صحة الجماعة بان يكون مانعا عن انعاقدها وهكذا وهكذا فما ذكره المصنف من عدم جعل الأمور العدمى مانعا فهو خلط بين العدم الخاصّ و العدم المطلق فما نحن فيه من قبيل الاول كما صرح به ٠

على أن المانع هنا غير ماجرى عليه الاصطلاح فى علم المعقول من المانع ماكان يلزم من وجوده العدم فيجعلون الأمور الوجودية مانعا عن الشىء ومؤثرة فى عدم تحققه وهذا بخلاف الاحكام الشرعية فان المانع فيها ما يعتبر الشىء مانعا عن الحكم الشرعى سواء كان أمرا وجوديا أم أمرا عدميّا من غير أن يكون مؤثرا فى عدم تحقق شىء أصلا ٠

وبالجملة ليس المانع هنا هو المانع المصطلح عليه فى علم المعقول ولا الشرط والمقتضى وسائر ما اصطلحوا عليه من اجزاء العلّة جاريا على مصطلحهم لأن باب المعقول ليس باب التأثير والتأثر الحقيقى ، بل التأثير فى مجرّد الاعتبار فشابه ذلك لذلك فاطلق عليه الفاظة فمعنى كون العجز مانعا خروج صورة العجز عن حكم أوفوا كما أن معنى كون القدرة شرطا خروج ما عدا صورة القدرتعن حكمه كما ذكره المحقق الايروانى ٠

ثم ذكر المصنف ثالثا لو سلّم صحة اطلاق المانع على العجز لا ثمرة فى أن القدرة شرط لصحة البيع أو أن العجز مانع عنه و ذلك من جهة أنه أن كانت الحالة السابقة هى القدرة وشككنا فى تحقق القدرة أو العجز فعلا فنستصحبها وأن كانت الحالة السابقة هو العجز فأيضا نستصحب العجز سواء جعلنا القدرة شرطا أو العجز مانعا واذا شككنا فى أن المراد من العجز ما يعمّ التعسّر ام خصوص التعذر أو المراد من العجز العجز المستمّر أو العجز فى الجملة فاللازم هو التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو العجز مانعا ،ثم ذكر ان التردد بين شرطيّة الشىء ومانعيته انما يصّح ويثمر فى الضدين مثل الفسق والعدالة لا فما نحن فيه وشبهه كالعلم والجهل .

ثم ذكر أن الاختلاف الاصحاب فى مقابل مسألة الضال والضالة فليس للشك المالك فى القدرة والعجز ومبنيّا على كون القدرة شرطا أو العجز مانعا كما يظهر من ادلتهم على الصحة والفساد ،بل بما سيجىء عند التعرض بحكمها وذكر حكم ذلك فى مسألة الأبق .

وفيه أنه لا ثمرة للنزاع المذكور اذا كان لكل من العجز فقط أو القدرة فقط حالة سابقة وأما اذا كان لكل منهما حالة سابقة معا وكان الشك فى التقدم والتأخر أو لم يكن لهما حالة سابقة أصلا وان كان هذا فرضا غير معقول أو كان ولكن نسيى فانه حينئذ ان جعلنا القدرة شرطا فيكون العقد محكوما بالفساد واقعا لأصالة عدم تحقق الشرط ومحكوما بالصحة لاصالة عدم المانع فلا وجه له لأن لا يفرّق بين الصورتين وبالجملة أن شيئا من المذكورات لا يرد على صاحب الجواهر .

نعم يرد على صاحب الجواهر أن أصالة عدم المانع لا دليل عليها و

ليس حجة أصلا الاّ اذا قلنا بقاعدة المقتضى والمانع.

فنقول ان مقتضى الصحة فى العقد موجود من الملكية و العمومات والمانع مفقود فيؤثر المقتضى أثره فلايكون النهى عن الغرر موجبا لخروج هذا العقد عن تحت العمومات لعدم احراز المانع ولكنه ذكرنا فى الاصول أنه لا دليل على حجية قاعدة المقتضى والمانع أصلا .

وبالجملة فكما أن الشرط لا بدّ وان يحرز فى صحة العقد وكذلك لا بدّ من أجراز عدم المانع لاعتباره فى صحّة العقد كالشرط فاصالة عدم المانع ليس من الأصول المسلمة حتى يحرز بها ذلك الاّ اذا كان لكل منهما حالة سابقة فان مقتضى الاستصحاب حينئذ هو الحكم بالقدرة أو العجز أو بعدم القدرة وعدم العجز فعلا بوجودهما الاحرازى وأن الشارع حكم بمقتضى الاستصحاب على ذلك فان هذا الاصل لا محذور فى جريانه فانه يكفى فى جريان الاصل كونه ذى أثر شرعى سواء كان نفس المستصحب حكما شرعيا أو موضوعا ذى حكم أم لم يكن كما اختاره شيخنا الانصارى فى الاصول وقوّاه شيخنا الاستاذ وجعلناه موافقا للتحقيق .

نعم هذا مورده فى الوجه الثانى على النحو الذى ذكرناه بناء على مسلك صاحب الكفاية من اشتراط كون المستصحب فى الاستصحاب أما حكما شرعيّا أو موضوعا ذى حكم فلامطرح للاستصحاب هنا لعدم كونه القدرة أو العجز حكما شرعيّا ولا موضوعا للحكم الشرعى ، بل اما أن القدرة شرط للعقد أو أن العجز مانع عن صحة العقد .

على أنه لاتصل النوبة الى أن القدرة شرط أو أن العجز مانع كما هو واضح ، بل بحكم ببطلان العقد للغرر المنهى عنه بيان ذلك أنه بناء على صحة الاستدلال بالنبوى نهى النبى (ص) عن بيع الغرر فانما هو نهى عن

البيع الغرري والبيع الذى فيه خطر وهلاكة ومن الواضح جدا أنه مع الجهل بأن البايع يكون قادرا على التسليم أم لا فيكون البيع غرريا أى بيعا فيه احتمال الخطر والهلاكة فانك عرفت اعتبار الجهل فى مفهوم الغرر فبمجرّد احتمال ذلك يكون البيع باطلا لشمول النهى له وخروجه عن تحت العمومات اذ ليس شرط البيع هى القدرة الواقعية أو المانع عنه هو العجز الواقعى ، بل الشرط أو المانع هو احراز القدرة أو احراز العجز كما لا يخفى.

وبالجملة لابد فى صحة العقد من احراز أنه ليس فيه خطر و هلاكة و من الواضح أن احتمال أن البايع لا يقدر على التسليم فيه من الخطر ما لا يخفى فيكون مشمولا للنهى عن الغرر فيكون فاسدا.

نعم ، اذا كانت الحالة السابقة هى القدرة على التسليم وشككنا فى القدرة والعجز فعلا فنستصحب القدرة على التسليم ان كانت القدرة شرطا أو عدم العجز ان كان العجز مانعا فيه نلغى احتمال الخلاف. فكأن الشارع يقول الغى احتمال الخلاف بناء على ما ذهب اليه المصنف فى الاصول و تبعه الاستاذ واخترناه من أن الشرط لجريان الاستصحاب كون المستصحب ذى أثر شرعى فلا يلزم كونه أى المستصحب ذى حكم أو حكما شرعيّا كما ذهب اليه صاحب الكفاية فانّ القدرة ليست موضوعا للحكم ولا انها بنفسها حكم و انما شرط البيع هو احراز القدرة لا لقدرة الواقعية ولذا يصحّ البيع مع احراز القدرة وان لم يكن فى الواقع قادرا على التسليم.

وبالجملة فما لم يكن هنا ما يحرز به كون العقد خطريا فيحكم بفساده لاطلاق نهى النبى عن بيع الغررى بناء على تماميته والاّ فلا و مع ذلك لا تصل النوبة الى أن مقتضى القاعدة فى صورة الشك فى كون القدرة شرطا أو العجز مانعا مع عدم الحالة السابقة لكل منهما أى شىء كما هو واضح

ثم انه اذا شككنا فى أن القدرة على التسليم شرط للبيع أو العجز عنه مانع عنه وشككنا ايضا فى أنا قادرين على ذلك أو غير قادرين فتارة يكون الشك فى الشبهة الحكمية والمفهومية واخرى يكون الشك فى الشبهة المصداقية.

أما الاول : فكما اذا شككنا أن القدرة المعتبرة فى تسليم العوضين هى القدرة العقلية او الشرعية أو العرفية أو الأعم وانه لا بد من العلم بالقدرة على التسليم أو يكفى مجرد احتمال القدرة عليه من جميعها ، ففى الحقيقة يرجع الشك الى سعة مفهوم القدرة المعتبرة هنا وضيقه فيكون من صغريات الأقل ،والاكثر ،فنأخذ القدر المتيقن ونجرى البرائة من الزائد عنه كما قرّر فى محله.

وأما اذا كانت الشبهة مصداقية بان كان الشك فى كون كل من المتباعين قادرا على التسليم أو غير قادر عليه ،فح تختلف الحال بالنسبة الى ذلك باختلاف دليل اعتبار القدرة على التسليم بيان ذلك اذا كان دليل الشرط المذكور النبوى المعروف نهى النبى (ص) عن بيع الغرر ،فح لا توجد شبهة مصداقية فى المقام أصلا ،فان مبنى الاستدلال به انما هو أخذ الغرر بمعنى الخطر ومن الواضح جدا أن الخطر يتحقق بمجرد الاحتمال وأن البايع أو المشترى لا يقدر على التسليم اذ الخطر هو الهلاك بمعنى خوف عدم وصول كل من العوضين الى الاخر لا الهلاك بمعنى الانعدام و هذا لا معنى للشبهة المصداقية أصلا ،فان كل من المتعاملين يرى نفسه بأنه بأى كيفية وحالة فانه ان كان جازما على كونه قادرا على التسليم فالشرط متحقق وان كان مترددا فى ذلك ومحتملا أنه يقدر فلا تحقق للشرط فان الشرط ليس هو التمكن الواقعى ،بل احراز القدرة.

وبعبارة أخرى قد عرفت أن ما هو شرط للبيع ليس الآ احراز القدرة ولو كان العجز مانعا فانما هو احراز العجز واحتماله وأن موضوع الحكم اثباتا ونفيا هو الوصف النفسانى دون الامر الواقعى التكوينى و عليه فلا يعقل مورد يشك فيه أن الشرط أو المانع موجود أم لا ، بل لا بد وأن يلاحظ كل من المتبايعين ما فى صقع نفسهما من الاوصاف النفسانية فان كان كل منهما جازما على القدرة على التسليم فالشرط وعدم عجزهما عن ذلك فالشرط متحقق أو المانع مرتفع وان كانا متردّين فى ذلك ومحتملين عدم القدرة على التسليم ، فالشرط منتف أو المانع مفقود .

وعلى هذا فلا يفيد جريان الاستصحاب اذا كان الحالة السابقة هى القدرة بحيث يحرز به وجود القدرة وكان يلغى به احتمال عدم القدرة على التسليم كما يلغى به احتمال الخلاف فى سائر الموارد بحيث كان الشارع يقول الغى احتمال الخلاف وذلك من جهة أن المستصحب عبارة عن القدرة السابقة والخطر انما يتحقق بمجرد احتمال عدم القدرة على التسليم ، وخوف عدم وصول العوضين الى المتبايعين ومن الواضح جدا أن استصحاب القدرة لا يثبت وصول العوضين بيد المتبايعين ولا يلغى احتمال عدم القدرة على التسليم الذى موجود بالفعل وجدانا الا على القول بالاصل المثبت وبالملازمة العقلية فهو كما ترى .

نعم لو قامت البينة على ذلك وأن كل منهما قادرين على التسليم فيرتفع بها احتمال عدم القدرة على التسليم تعبدا لكونها من الامارات فهى كما تتكفل على اثبات المعنى المطابقى فكك تتكفل ايضا على اثبات اللوازم كما حقّق فى محلّه .

ودعوى أن الوصف النفسانى اعنى احتمال عدم القدرة على التسليم

الذى به قوام الغرر موجود فى المتبايعين تكوينا والامارة لا يرفعه فلايفرق فيماذكر بين الامارة والاستصحاب فانها دعوى جزافية فان الامارة وان لم ترفعها تكوينا ولكن ترفعها تشريعا وتعبّدا فهل يتوهم أحد أنه مع قيام الامارة أن موضوع البرائة هو الشك فتجرى فى مقابلها فان مانحن فيه أيضا نظير ذلك، فان كلها ناظرة الى الاحكام الظاهرية دون الواقعية .

وبالجملة مع كون دليل الشرط هو النبوى فلا نعقل موردا للشبهة المصداقية بوجه من الوجوه كمالا يخفى .

وأما اذا كان المدرك قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك، فان الكلام ح فى الشبهات المفهومية هو الكلام الذى تقدم من ان المقام من موارد دوران الامر بين الاقل والاكثر فنأخذ المقدار المتيقن فنجرى البرائة فى الزائد وأما الشبهة المصداقية فتحقق على هذا فان معنى كون المال عنده أوليس عنده وان كان واضحا على مسلكنا كما تقدم من كون ظهوره عبارة عن الملكية دون الاعم منه ومن القدرة على التسليم ولكن مع التنزيل عن ذلك وأخذ العند بمعنى السلطنة على التسليم، وعليه فيمكن أن يشك الانسان فى ملكه أنه عنده أو ليس عنده، كما اذا تولّد فرسه أو غنمه أو غيرهما من الحيوانات المملوكة له فى غير بلده، وشكّ فى أنه هل هو قادر على تسليمه أولا. لاحتمال كون طريقة أى طريق ذلك البلد مسدودا وهكذا، ففى هذه الموارد أما التمسك بالعمومات الدالة على صحة المعاملة فلايجوز لعدم جواز التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية .

بل، نقول انه تارة يكون لهذا الفرد المشكوك حالة سابقة معلومة بأن كان قبل زمان قادرا على التسليم أو عاجزا عنه فبناء على كون القدرة شرطا فيستصحب القدرة على التسليم، فبناء على كون العجز مانعا فيستصحب

عدم العجز ، ومع كون الحالة السابقة هو العجز فاما يستصحب عدم القدرة ان كانت هي شرطا أو يستصحب عدم العجز أن كان هو مانعا فلا يرد على هذا ، ما تقدم من الاشكال في جريان الأصل من كونه مثبتا فان عنوان عدم السلطنة على التسليم وايصال العوضين تحت يد كل من المتبايعين أمر مستصحب ، فيمكن اثباته بالاستصحاب كما لا يخفى ، فيحرز به أنه قادر على التسليم ، وكذا الحال لو قامت البيّنة على القدرة على التسليم .

وأما اذا لم تقم البيّنة على ذلك أو كان لكل من القدرة والعجز حالة سابقة ولكن اشتبه كل منهما على الآخر ولم يعلم السابق منهما أو لم يكن لشيء منهما حالة سابقة فهل يمكن الالتزام بصحة البيع هنا أو لا يمكن .

فنقول اما اذا كان لكل منهما حالة سابقة فاشتبها فلا شبهة في تعارض الاصلين وتساقطهما فيحكم بالفساد لعدم جواز التمسك بالعموم لان الفرض أن المورد من الشبهات المصداقية فلا يجوز التمسك بالعام في الشبهات المصداقية .

وأما اذا لم تكن لهما حالة سابقة كما اذا تولد للبايع حيوان فلا يدرى أنه قادر على التسليم أو غير قادر عليه أو مات أبوه فأنتقل المال اليه وقد باع متاع من فلان فلا يدر الوارث أنه كان قادرا على التسليم أو لم يكن أو باع نفسه شيئا ونسى أنه حين البيع كان قادرا عليه أو لم يكن ففي جميع ذلك بعد الفراغ عن تحقيق معنى القدرة على التسليم ومفهومه بحيث لا يشك في المفهوم ولا يرجع الشك اليه بانه هل تصدق القدرة على احتمال القدرة على التسليم أو لا ، وهكذا .

فنقول انا قد ذكرنا في الأصول الضابطة الكلية في دوران الامر بين شرطيّة أحد الضدين ومانعية الاخر كما اذا شككنا أن العدالة شرط

للجماعة أو الفسق مانع عنها وهكذا فى الموارد الاخر وكما اذا شككنا ايضا أن العدالة شرط لوجوب اكرام العلماء أو الفسق مانع عنه مع عدم الحالة السابقة فيهما فهل الضابطة هنا هو اجراء اصالة عدم العدالة ومنع تحقق الشرط أو اجراء اصالة عدم الضد الآخر وتفرّع عدم المانع عليه . فثمرة نزاع كون أحد الضدين شرطا أو كون الاخر مانعا هو ذلك فبناء على كون أحدهما شرطا ففى المثال بأن تكون العدالة شرطا للاكرام و الجماعة فبأصالة تحقق الشرط أو باصالة البرائة عن الواجب مع الشك فى الشرط فنحكم بعدم الوجوب وبفساد المشروط .

وأما لو كان الضد الاخر مانعا وان لم يكن لاصالة عدم المانع أساس صحيح الآ ما ذكرناه من قاعدة المقتضى والمانع ولكن ذكرنا فى محلّه أنه يمكن نفى الضد الآخر بالعدم الازلى بناء على جريانه كما هو الحق . ففى المثال المتقدم أن كونه عالما محرز بالوجدان فعدم كونه فاسقا زمان نحرزه بالأصل فليتم الموضوع المركب من الوجدان والأصل فيترتب عليه الحكم ولكن الأصل النافى للضدّ الآخر هو العدم المحمولى لعدم وجود الفسق دون العدم الأزلى نعم فى مثل القرشيّة ونحوها تجرى أصالة عدم الازلى .

وبالجملة قد حققنا فى محلّه أن الضابطة فى ذلك هو نفى الضد الآخر اما باصالة العدم المحمولى أو باصالة العدم الأزلى فيحكم بصحة العمل الذى قد اعتبر ذلك الضّد فيه من حيث العدم .

ولكن لا يجرى ذلك فى المقام وذلك لانا اذا شككنا فى أن البايع قادر أو عاجز يستصحب عجزه السابق مثلا وأما العدم المحمولى الذى يشكّ فى استمراره فى أول وجود المعروض كالقرشية ومخالفة الشرط للكتاب ونحو ذلك فالاستصحاب غير جار الآ بمفاد ليس التامة ولا أثر له لكونه مثبتا

لاحراز النعتيّة ·

وبالجملة ففى تقابل العدم والملكة الذى من صغرياته ما نحن فيه لما عرفت من كونه التقابل بين القدرة والعجز هو تقابل العدم والملكتفاية الامر ان العدم هو الذى من شأنه الوجود وليس له رايحة الوجودية أزيد من ذلك لا يجرى هذا الضابطة والنزاع المذكور، بل لابد من الالتزام بشرطية القدرة فيكون البيع ح فاسدا وذلك لان العجز امر عدمى غير قابل لأن يكون مانعا اذا المانع هو الأمر الوجودى الذى يمنع عن تأثير المقتضى والعدم ليس له ذلك فلايمكن اجراء أصالة عدم العجز ورفع المانع بذلك الأصل، بل العجز ليس الآ عدما الذى هو مفاد الاصل فليس مفاد الأصل أزيد من ذلك ·

نعم لو ترتب على هذا الامر العدمى عنوان بسيط وكان العنوان البسيط المنتزع من ذلك الأمر العدمى موضوعا للحكم لجرى هذا الاصل ايضا كالعمى اذ ليس هو صرف عدم البصر بل هو عنوان بسيط فيكون بذلك العنوان موضوعا للحكم فيمكن نفى ذلك العنوان الذى هو نحو من الوجود باصالة العدم الأزلى ·

ولكن هذا ايضا لا يجرى فى المقام اذ لا دليل على كون العجز مانعا عن البيع الآ قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك كما هو المفروض ومن الواضح أن عنوان ما ليس عندك ليس الآ أمرا عدميّا غاية الأمر عدما من شأنه الوجود أى عدم ملكة فهو بنفسه مانع عن البيع لكونه مأخوذا فى لسان الدليل لا عنوان آخر بسيط منتزع عنه فاذا ليس مفاد الأصل الآ نفى عنوان ما ليس عندك الذى هو عدم فلا يوجب ذلك رفع عنوان بسيط حتى يقال أنّ الأصل أوجب رفع الضدّ الاخر الذى كان مانعا كما لا يخفى ·

وبالجملة فلا دليل يدل على كون العنوان البسيط المنتزع من العجز ومن عنوان ما ليس عندك موضوعا للحكم حتى باعتباره تجرى الضابطة المذكورة فى المقام فافهم.

قوله: ثم ان العبرة فى الشرط المذكور انما هو زمان استحقاق التسليم

أقول: قد عرفت أن المدرك لاعتبار القدرة على التسليم قوله (ص) نهى النبى (ص) عن بيع الغرر بناء على كونه بمعنى الخطر و قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك. بناء على تفسيره بمعنى عدم السلطة على التصرف و التسليم وأنما يتوقف الاستدلال بهما على المقصود على مقدمات ثلاث:

المقدمة الاولى: أن يكون المتعاملين مالكين على المبيع و الثمن و غير المالك ليس مخاطبا بهذا الخطاب كالفضولى ونحوه فلا يشملان لغيره بل لخصوص المالك.

المقدمة الثانية: أن يكون الغرر فعليا فان ففعلية الحكم بفعلية الموضوع فالغرر الشأنى لا يكون مؤثرا فى بطلان العقد.

المقدمة الثالثة: أن يكون مخاطبا بالتسليم ومأمورا به وفيما ليس أمر بالتسليم فلا مورد للنبويين.

ويتفرّع على ذلك فروع مهمة:-

الفرع الاول: أنه لو كان المبيع تحت يد المشترى و لم يقدر البايع على أخذه منه ولا على التصرف منه ولكن يقبل الغاصب بيعه منه فيجوز أن يبيعه فلا يعتبر التسليم هنا فان اعتبار القدرة هنا ليس من باب الموضوعية بل من جهة الطريقية ووصول العوضين الى المتعاملين ومن المعلوم أن المثمن هنا تحت سلطة المشترى فاعتبار التسليم تحصيل للحاصل لكونه موجودا عنده فلا يشمل النبويان على ذلك.

أما دليل نفى الغرر فمن جهة أنه ليس هنا خطر بوجه لوجود المبيع تحت يد المشترى فأى خطر هنا فانه لو كان انما هو من جهة الجهل بوصوله الى المشترى فالمفروض أنه حاصل عنده واعتباره ثانيا تحصيل للحاصل ٠

وأما النهى عن بيع ما ليس عنده فقد عرفت أن كونه دليلا لهذا الشرط من جهة كون العند بمعنى السلطنة على التصرف والتسليم ومن الواضح أنه يعتبر فيما من شأنه أن يسلّم الى المشترى ٠

وأما فيما لا يلزم التسليم فيه فلا مثلا لو قال المولى لعبده لا تشتر من السوق ما لا تقدر على حمله فان مناسبة الحكم والموضوع تقتضى أن ما يلزم حمله الى البيت منهى عن شرائه فلا يعم ما لا يحمل على البيت فلا يمكن أن يقال أنه لا يجوز للعبد اشتراء العقار ومال التجارة وغيرهما مما لا يلزم حملها على البيت بمجرد النهى المذكور ، بل لو كان هنا عموم نتمسك به كما اذا أمره بالمعاملة والبيع والشراء قبل النهى المذكور ٠

ففى المقام أن مناسبة الحكم والموضوع يقتضى أن النهى عن بيع ما ليس عنده من جهة عدم القدرة على التسليم وفيما لا يعتبر فيه التسليم حتى لو لم يكن هذا النهى ايضا فلا يشمله ذلك ، بل يتمسك بعمومات صحة البيع ٠

الفرع الثانى : ان بيع العبد الابق ممن ينعتق عليه خارج عما نحن فيه فلا يعتبر فيه القدرة على التسليم فانه ينعتق بمجرّد البيع فلا يبقى مجال للتسليم فليس هذا البيع بغررى ليبطل ولا من قبيل بيع ما ليس عنده لما عرفت أن المراد من ذلك ما يكون التسليم معتبرا فيه ولا مجال هنا لاعتبار التسليم لانصراف النبوى عن مثل ذلك ، فانه سواء كان هنا ما يدل على

اعتبار التسليم أم لم يكن فالتسليم غير معتبر هنا ·

وربما يقال بكون بيع العبد ممن ينعتق عليه باطلا لتحقق الغرر و عدم كون البايع قادرا على التسليم المعتبر فى البيع فيكون من قبيل بيع ما ليس عنده ايضا ، فان اعتبار الشارع حرية المبيع وكونه منعتقا بمجرد البيع خارج عن مانحن فيه ، بل لا بدّ أن نلاحظ المبيع مع قطع النظر عن حكم الشارع ومن الواضح جدا أن هذا البيع أى بيع العبد الآبق ممن ينعتق عليه مع قطع النظر عن حكم الشارع بانعتاقه بيع خطرى غررى ومن بيع ما ليس عنده فلا يصحّ ذلك ايضا ·

وفيه أنه ليس هنا غرر بالفعل الذى هو موضوع الحكم فعلا فان هذه القضية أى قضية نهى النبى (ص) عن بيع الغرر قضيّة حقيقة منحلة الى قضايا متعدّدة أى كلما تحقق غرر فيكون البيع باطلا ففى المقام أن البيع غير غررى ففرضه بأنه لولا حكم الشارع بالانعتاق فيكون البيع غرريا أجنبى عن المقام لأنه غرر شأنى فالغرر الشأنى ليس موضوعا للحكم أما قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك ، فقد عرفت أنه لا يحتاج ذلك الى التسليم فعلا فلا وجه لملاحظته بأنه لو لم يكن حكم الشارع بالانعتاق لكان من قبيل بيع ما ليس عنده كما هو واضح ·

وبالجملة أن كلا النبويين لا يشملان بيع العبد الآبق ممن ينعتق عليه أما النهى عن بيع الغرر فلعدم الغرر الفعلى فيكون النهى منتفيا لكونه تابعا لفعلية الموضوع بحسب القضية الحقيقية فلا غرر فعلّى فى بيع العبد نعم فالغرر شأنى مع قطع النظر عن حكم الشارع ولكنه ليس موضوعا ·

وأما النهى عن بيع ما ليس عنده فقد عرفت عدم اعتبار التسليم هنا مع قطع النظر عن هذا النهى أيضا فان القدر على التسليم ليست لها موضوعية

فى الحكم وانما هى معتبرة من باب الطريقية الى التسليم ووصول المبيع الى المشترى والثمن الى البايع ومن الواضح أن هذا فيما كان للتسليم فائدة فليس له فائدة هنا بوجه حتى يجبر عليه ٠

ومن هنا ظهر حكم الفرع الثالث أيضا وهو ما لم يستحق التسليم بمجرّد العقد لاشتراط تأخيره مدّة فانه أى البايع وكذا المشترى فيما اذا اشترط تأخير الثمن ليس مخاطبا بالتسليم قبل حلول الوقت وليس فيه غرر بوجه ولا أنه من قبيل بيع ما ليس عنده والاّ للزم بطلان البيع الغائب لوجود الجهل فيه أو بيع من كان جاهلا باحكام البيع لان مجرد وجود الجهل من دون كونه منجرا الى الغرر لا يوجب البطلان فان الاكثر والغالب فيه تأخير التسليم ومع ذلك لم يستشكل أحد فى ذلك ٠

ثم ان المصنف قد رتّب على ذلك صحّة بيع الفضولى بدعوى عدم استحقاق التسليم فيه الا بعد اجازة المالك فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها ثم استشكل فى ذلك على الكشف من حيث انه لازم من طرف الاصيل فيتحقق الغرر بالنسبة اليه اذا انتقل اليه ما لم يقدر على تحصيله ٠

ثم قال : نعم هو حسن فى الفضولى من الطرفين ومثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه ٠

أقول : لا وجه لما ذكره من أصل ترتب الفضولى على ما نحن فيه ولا للاشكال فيه فيما اذا قلنا بالكشف محل ٠

أما أصل الترتّب فلخروج الفضولى عن محل الكلام بالمرة لأنه فضولى محض فاجنبى عن طرف العقد، بل ليس له الاّ ايجاد المعاملة ، وبعده جميع الخصوصيات راجعة الى المالكين أو الوكيلين أو الولّيين من حيث التسليم والتسلّم والاجازة والرد فلا مجال لابطال البيع هنا من جهة النهى

عن الغرر ولا من جهة بيع ما ليس عنده والاّ كان من الاول أن يحكم ببطلان الفضولى من جهة كونه من قبيل بيع ما ليس عنده ، و السر فى ذلك هو أنه ليس بايعا حقيقيّا ولا مشتريا حقيقيّا حتى يخاطب بخطاب النهى عن بيع ما ليس عنده لما ذكرنا من جملة شرائط التمسك به أن يكون مالكا للمبيع فالفضولى ليس بمالك للعوضين فلايكون داخلا لما نحن فيه بوجه .

و أما الاشكال فقد عرفت خروج الفضولى عن محل الكلام و أما بالنسبة الى الأصيل فان اجازة الاخر الذى كان البيع فضوليّا من قبله فلاشبهة فى صحّة البيع و عدم كونه غرريا ومن قبيل بيع ما ليس عنده و ان لم يجز الآخر البيع فيكون فاسدا فلا محلّ أيضا للتمسك بالنبويين فان بطلانه مستند الى عدم الاجازة لا الى غررية البيع وكونه من بيع ما ليس عنده .

وأما ماذكره بقوله و مثله بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه .

ففيه أنه قد ذكرنا سابقا أنه ان عممّنا العجز الى العجز الشرعى فيكون ذلك خارجا عن بيع الغررى عن تحت النبويين بالتخصيص بأنه أى الراهن مالك للعين ومخاطب بالتسليم و الغرر فعلّى و مع ذلك عاجز عن التسليم فمقتضى القاعدة هو بطلان البيع ولكن خرجنا عنها بالدليل الخاص وهو وان لم يكن موجودا بعنوان خاص ولكن استفدنا بطلانه من الأخبار الواردة فى نكاح العبد معلّلا بأنه لم يعص الله وانما عصى سيّده بدعوى عدم الخصوصية لبيع العبد ، بل الغرض أن عصيان الغير فى حقه اذا لم يستلزم عصيان الخالق لا يوجب البطلان .

وأما اذا لم نعمّم العجز الى العجز الشرعى فلاشبهة فى صحة بيع الراهن لعدم كونه خطريّا ليشمله قوله (ص) نهى النبى عن بيع الغرر غاية الأمر يكون للمشترى خيار الفسخ ولا أنه من قبيل بيع ما ليس عنده ليشمله

النبوی الاخر نهی النبیّ (ص) عن بیع ما لیس عنده لکونه فی الخارج قادرا علی التسلیم.

وبالجملة فعلی کل تقدیر سواء کان بیع الراهن مشمولا للنبویین أو غیر مشمول فلا مجال للاشکال به علی ما نحن فیه و اخراجه عن المقام کالفضولی، ثم انه ظهر مما ذکرناه حکم عقد الرهن.

فانه بعد حصول التسلیم لا موضوع لوجوبه وقبله لا عقد فان الاقباض و التسلّم فی هذا العقد من الشرائط فبتحققها لا غرر ولا بیع ما لیس عنده و بعدم تحققها تفسد المعاملة فلا موضوع للغرر.

انتهی کلامنا الی کون التسلیم شرطا و مقوّما للبیع فنقول ذکر المصنف أن القبض والتسلیم فی بیع الصرف والسلم من شروط تأثیر العقد لا من أحکامه فلا یلزم الغرر ولو تعذر الشرط بعد العقد رجع ذلك الی تعذر الشرط فلا یلزم منه البطلان حتی مع العلم بالتعذر اذ لا یلزم احراز الشروط المتأخرة والعلم بتحققها.

والوجه فی ذلك ما أفاده من أن القبض هنا مثل الاجازة فی العقد الفضولی علی النقل من حیث عدم تمام النقل الاّ بالاجازة فکك لا یتم العقد هنا الاّ بالقبض أو من النقل بناء علی الکشف فان الاجازة اذا کانت جزء الناقل فی العقد الفضولی مع حصول النقل من حین العقد فالقبض أولی بان یکون جزء للناقل اذ لم یقل أحد بکون القبض کاشفا فی بیع الصرف والسلم.

وبالجملة فالاعتبار علی القدرة علی التسلیم بعد تمامیة العقد لا فیما لم یتم، ولهذا لم یعتبرها أحد فی الموجب قبل لحوق القبول به ولا یقدح کونه عاجزا قبل القبول اذا علم بتجدد القدرة بعده وفی المقام أیضا اذا

حصل المبيع فى يد المشترى صح البيع بلا شبهة ثم قال وكك الكلام فى عقد الرهن فان اشتراط القدرة على التسليم فيه بنا على اشتراط القبض انما هو من حيث اشتراط القبض فلا يجب احرازه حين الرهن ولا العلم بتحققه بعده فلو رهن فيتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله فى يد المرتهن اثر العقد اثره ·

و اشكل عليه شيخنا الاستاذ بماحاصل كلامه بأنه لا فرق بين عقد الصرف والسلم و الرهن وسائر العقود لأن القبض وان كان شرطا فى هذه العقود الثلاثة دون غيرها الآ أنه ليس جزء للسبب الناقل وليس حكمه حكم القبول كما ذكره المصنف وانما هو شرط للملكيّة فى باب الصرف والسلم و أما الالزام والالتزام العقدى فقد تحقق بنفس العقد ولذا اختار المشهور وجوب التقابض كما سيأتى فى خيار المجلس ·

ثم ذكر فى صدر كلامه بمحاصله من أنه لاوجه لقياس الصرف و السلم وعقد الرهن وغيرها مما يشترط فيه تأخير التسليم بالعقد الفضولى فان اشتراط تأخير الثمن مدة معينّة بحيث لا يجب التسليم مدة مع تمامية أركان العقد من جهة الاشتراط فيدخل تحت ضابط الخيارات الزمانية وهذا بخلاف العقد الفضولى فانّ التسليم لا يجب لا للفضولى ولا لغيره ، أما للفضولى لعدم ارتباط العقد به كما ذكرناه من أن شرط وجوب التسليم انما كونه مالكا فالفضولى غير مخاطب بالتسليم وأما المالك لعدم استناد العقد اليه قبل الاجازة فلاوجه لقياس الاجازة بالقبض ونحوه ومحصّل كلامه يرجع الى المطلبين ·

أحدهما : انكار قياس الاجازة فى الفضولى بمسألة القبض اذ القبض فى العقود الثلاثة من الشرائط والاجازة من الاسباب المقومة قبل تمامية أركان العقد ، والثانى وجوب التقابض ، ثم ذكر نعم لوكان القبض جزء للعقد

كما هو المحتمل فى عقد الرهن فالعجز عن التسليم لا أثر له ، لانه بعد حصول التسليم لا اثر له و قبله لاعقد ·

أقول : أما ما افاده من عدم صحة قياس الاجازة بالقبض فمتين جدا لما عرفت من أن القدرة على التسليم ليست معتبرة فى العقد الفضولى أما بالنسبة الى الفضولى فلكونه اجنبيا عن العقد وأما بالنسبة الى الأصيل فلعدم تحقق العقد وتماميته الاّ بعد الاجازة لكونها جزء مقوّما للعقد و الفرض ان الاجازة لم تتحقق بعد العقد وهذا بخلاف ما يعتبرفيه القبض فان العقد أى الالزام والالتزام قد تم من المتعاقدين ،وانما القبض من شرائط الملكيّة فى الصرف والسلم فهذا كله لا شبهة فيه ·

وأما ماافاده من كون القبض واجبا فى بيع الصرف والسلم فلا يمكن المساعدة عليه فما أفاده المصنف بحسب المدعى صحيح ولكن ما أفاده من دليله من قياس القبض بالاجازة ليس بصحيح ،كماعرفت ، بل الوجه فى عدم وجوب التسليم والقبض فى الصرف و السلم هو أن دليل وجوب القبض أما الملكية الحاصلة بالعقد كما يقوله الأكثر أو الأمر بوجوب الوفاء بالعقد·

أما الاول فهى مشروطة بالقبض والاقباض فما لم يحصل التقابض لم يحصل الملكية فضلا عن أن يجب الاقباض لكونه ملكا للغير فلايكون محكوما بوجوب الدفع مالم يتم شرط الملكيّة كما لا يخفى ·

وأما وجوب الوفاء بالعقد ففيه أولا :أنه يجب الوفاء بالعقد فى غير العقود الفاسدة ،أى العقود التى حصلت شرائط الصحة وأمضاه الشارع وأما فيما كانت فاسدة فلا وجه للتمسك به فبيع الصرف و السلم مع قطع النظر عن القبض ليس بصحيح فكيف يجوز التمسك بأوفوا بالعقود·

وأما ثانيا : ان دليل الوفاء انما بوجوب لزوم العقد لكونه ارشادا

الى أنه لا ينحل وأما وجوب التسليم فهو من الأحكام المترتبة عليه ، بعد تحقق العقد فلا يمكن اثباته بأوفوا بالعقود كما لا يخفى ،وهذا واضح جدا

والعجب من شيخنا الاستاذ حيث استدل على وجوب القبض بقوله (عليه السلام) اذا نرى الحائط فانز معه و ذلك فانه ناظر الى أن بقاء البيع مشروط بعدم التفرق وبتحقق القبض والاقباض فلادلالة فيها على الوجوب وايجاد موضوع وجوب الوفاء بالعقد وايجاد موضوع الملكية كما لا يخفى ،بحيث أنه اذا اراد البايع ان يمشي يجب للمشترى ايضا ذلك مثلا اذا كان احد الطرف فى معاملة الصرف و السلم المجتهد فزى البايع الحائط فلابد أن ينز آية الله على الحائط .

وبالجملة أن العقود الثلاثة الصرف و السلم و الرهن ،فالقبض فيها من الشرائط فان تحقق تم العقد فلا غرر بوجه لعدم كون المعاملة بعد القبض و الاقباض خطرية ولا من بيع ما ليس عنده .وان لم يحصل القبض و الاقباض فأيضا ليس هنا غرر وبيع ما ليس عنده لفساد المعاملة بعدم تحقق القبض .

قوله : ثم ان الخلاف فى أصل المسألة لم يظهر الآ من الفاضل القطيفى .

أقول : هو المعاصر للمحقق الثاني ،وقد حكى عنه أنه قال فى أيضاح النافع أن القدرة على التسليم من مصالح المشترى فقط ،لا أنها شرط فى أصل صحة البيع فلو قدر على التسليم صحّ البيع و ان لم يكن البايع قادرا عليه ،بل لو رضى بالابتياع مع علمه بعدم تمكن البايع من التسليم جاز و ينتقل اليه و لا يرجع على البايع لعدم القدرة ،نعم اذا لم يكن المبيع من شأنه ان يقبض عرفا لم يصح المعاوضة عليه بالبيع لانه فى معنى أكل المال بالباطل .

أقول : هذا الفاضل وان أجاد في أصل المسألة لماذكرنا من عدم الدليل على اعتبار القدرة على التسليم في البيع، ولكن لا يمكن المساعدة عليه في الكبرى الكلية التي أفادها من أنّ المشتري لو رضي بالابتياع مع علمه بعدم تمكن البايع من التسليم جاز ذلك .لأن هذه الكبرى منقوضة ببيع العبد الآبق مع الضميمة حيث ورد النص بعدم صحة بيعه بدون الضميمة حتى مع رضاية المشتري ، بل يحكم ببطلانه كما لا يخفى .

قوله : ثم ان الظاهر كما اعترف به بعض الاساطين أن القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط الاّ بالتبع.

أقول : قدعرفت فيما تقدم أن القدرة بما هي لست لها موضوعية ، بل الغرض من اشتراطها في البيع بناء على وصول العوضين الى المتبايعين وعلى هذا فلو قدر المشتري على التسليم دون البايع كفى في الصحة كما هو المشهور مثلا لو وقع عباء أحد في الكوفة على الشط فهو لا يقدر على السباحة وباعه من شخص يقدر عليها بانه ح صحّ البيع لحصول الغرض فلا يضرّ عدم قدرة البايع على السباحة وكك لو لم يقدر كل من المتبايعين على التسليم و التسلّم ولكن يوثق بحصوله في يد المشتري للاطمينان عليه ، كالطيور التي تذهب صباحا وترجع مساء فان العادة قاضية برجوعها و أن لم يقدر المتبايعين على الأخذ بدون الرجوع.

وعن نهاية الاحكام احتمال العدم بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم فان عود الطائر غير موثوق به لعدم العقل له ليبعثه على الرجوع.

وفيه أولا : أنه لو كان له عقل لما رجع الى الحبس اصلا فعدم العقل باعثه الى الرجوع.

و ثانيا : أنه لا وجه لبطلان بيعه حتى مع اعتبار القدرة على التسليم فان دليل الاشتراط انما هو نهى النبى عن بيع الغرر وقوله (ص) لا تبع ما ليس عندك فكلا الوجهين لا يشملان المورد أما النهى عن بيع الغرر فلانه لا خطر فى المقام . فانه انما يتحقق مع عدم بذل العوض أو المعوض بحيث يذهب مال أحدهما هدرا وليس كك هنا فانه يطمئن بالرجوع فان رجع فيأخذ المثمن و ان لم يرجع فيأخذ الثمن وفسد البيع فأى خطر يتوجه على المعاملة .

وأما قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك . أى لا تقدر على **التسلط** منه بناء على كون العند بمعنى الجامع دون الملكية فلعدم صدقه هنا أيضا فانه مع الاطمنان بالرجوع لا يصدق أنه من موارد بيع ما ليس عنده و الاّ لما صحّ بيع الغائب أصلا .

ثم لو تعذر التسليم و التسلّم الاّ بعد مدة فان كانت هذه المدة مما يتسامح فيها كساعة أو ساعتين أو يوم أو يومين فلا اشكال فى الصحة كما اذا باع جوهرا وكان فى صندوق مقفّل وكان المفتاح عند شخص لا يحضر الاّ بعد ساعة أو يوم ونحوهما . فان هذه المدة مما يتسامح عرفا فلا يصدق على هذه المعاملة انها غررية لعدم الخطر هنا بوجه بحيث يذهب مال المشترى هدرا و صار معدوما . بل يحصل له بعد مدة قليلة ، و الفرض أنهما عالمان بخصوصيات العوضين لئلا يكون جهل من جهة أخرى .

و كك ليس هذا من قبيل بيع ما لا يتسلّط على تسليمه لأن الفرض أنه قادر عليه كما لا يخفى والنبوى ينصرف عن مثل ذلك .

ولو تعذر التسليم بناء على كونه شرط فى البيع الاّ **بعد** مدة . لا يتسامح فيها كسنة أو أزيد فهى على قسمين ، **الاول** : أن يكون المدة

مضبوطة ومقدّرة والثانى أن لا تكون مضبوطة .

أما الاول : فتارة يكون المتبايعان عالمين بالحال وأخرى يكونان جاهلين بالحال فعلى الاول فجعل المصنف فيه وجهان ولم يبيّن ما هو الاقوى فى نظره ، ولكن الظاهر هو الصحة بناء على اعتبار القدرة على التسليم فى البيع وذلك لأن دليل الاعتبار اما دليل نفى الغرر فى البيع فهو لا يشمل المقام فانه بمعنى الخطر والخطر بمعنى احتمال الهلاك ففى صورة العلم بالواقع والتعذّر الى مدة معيّنة كقدوم الحاج ونحوه فلا خطر بوجه اذ هو متقوم بالجهل و الغفلة على ما ذكره المصنف و المشترى انما أقدم عليه مع العلم بالحال فأى خطر هنا وأما النهى عن بيع ما ليس عنده فلانه مع العلم أقدم عليه فالمقام فى قوة اشتراط تأخير التسليم لفرض علم المتبايعين بالحال ومع ذلك فلا يكون عدم القدرة على التسليم الى المدة المضبوطة مضرا فى البيع كما لا يضرّ مع اشتراط التأخير كما لا يخفى .

وبالجملة أن البيع هنا صحيح بلاشبهة وأما فى صورة الجهل بالمدة المذكورة فذكر المصنف صحّة البيع مع الخيار للمشترى لفوات منفعة العين فى المدة المذكورة .

ولكن الظاهر هو عدم الصحة وذلك فان كلا الدليلين أى النبويين شاملان للمقام أما النبوى الاول فلتحقق الغرر أى الخطر فأن عدم وصول المبيع مثلا الى المشترى فى هذه المدة وانتفاء المنافع كسنة خطر على المشترى فيكون من أوضح موارد بيع الغرر فيفسد بناء على اعتبار الشرط وكون النبوى دليلا فى المقام وأما النبوى الثانى فلان البايع غير مسلط على التسليم فى هذه المدّة فيكون هو أيضا شاملا للمورد ولا يقاس ذلك بصورة العلم فانه وان كان ايضا غير قادر على التسليم فى المدة ولكنه قلنا

بخروجه عن تحته من جهة كونه فى قوة الاشتراط أى اشتراط تأخير المثمن فلا يضرّ بالصحة وهذا بخلاف المقام.

وعلى هذا فلاوجه لما زعمه المصنف من كون المعاملة فى صورة الجهل صحيحة مع كون المشترى على خيار فيه.

ومن هنا ظهر حكم صورة كون المدة مجهولة وغير مضبوطة وهذا كبيع العبد المنفذ الى هند لقضاء حاجة لا يعلم وقت رجوعه فلاوجه لما ذكره المصنف هنا من الاشكال كما لا وجه لما جعله من الفرق بين هذه الصور حيث استشكل فى صحّة البيع وصورة الجهل بالمدة مع كونها مضبوطة حيث حكم بالصحة مع الخيار.

قوله: ثم ان الشرط هى القدرة المعلومة للمتبايعين لان الغرر لا يندفع بمجرّد القدرة الواقعية.

أقول: الصور المتصوّرة فى المقام اربعة علم المتبايعين بالقدرة مع وجود القدرة الواقعية، وعلمهما بالعجز مع العجز عن التسليم فى الواقع وعلمهما بعدم القدرة مع وجود القدرة فى الواقع وعلمهما مع عدم القدرة فى الواقع.

أما الصورة الاولى: فلاشبهة فى الصحة لوجود القدرة على التسليم فى الواقع وعلمهما فلا غرر ولا أنه من بيع ما ليس عنده.

و أما الصورة الثانية فلاشبهة فى عدم صحته لكونها من أوضح أفراد الغرر المنهى عن البيع ومن قبيل بيع ما ليس عنده، وانما الكلام فى الصورتين الاخيرتين.

أما الثالثة فهى ماكان المتبايعان عالمين بعدم القدرة ولكن كان فى الواقع عاجزين عن التسليم أو احدهما عاجزا عنه وعلى ان دليل الاعتبار هو دليل نفى الغرر فلاشبهة فى فساد المعاملة اذ الغرر هو الخطر و

الخطر بمعنى احتمال الخطر فهو موجود فى المتبايعين أو فى أحدهما بالوجدان فهو ليس تابعا بالواقع، وقد عرفت أن المصنف قال باعتبار الجهل والغفلة فى مفهوم الغرر فهو متحقق فيما نحن فيه، كما لا يخفى فتكون المعاملة خطرية فتبطل، وان كان الدليل هو النهى عن بيع ما ليس عنده فلايحكم بفساد المعاملة لعدم شموله لما نحن فيه، فانه ليس من بيع ما ليس عنده، بل هو مسلّط على التسليم وقادر عليه غاية الامر غير ملتفت بذلك.

وأما اذا كانا فى الظاهر عالمين بالقدرة وكانا فى الواقع غير قادرين أو أحدهما قادر والاخر غير قادر، فالظاهر فساد المعاملة على كلا الدليلين فانه ان كان الدليل هو نفى الغرر فلاشبهة فى كون المعاملة غررية وذلك فان المتبايعين وان كانا عالمين بالقدرة على التسليم وكان مقتضى ذلك الحكم بعدم الغرر لما عرفت من اعتبار الجهل فى مفهوم الغرر ولكن عرفت سابقا أن احتمال الخطر والهلاكة ليس موضوعا للحكم بحيث يكون فساد المعاملة وعدمها دائرا مدار احتمال الخطر وعدم احتماله، بل اخذه فى لسان الدليل من باب كفاية الشارع بادنى مرتبة الغرر لا أنه أى الاحتمال تمام الموضوع فى المقام فلامحالة فيكون الاحتمال طريقا الى الواقع وبما انه طريقا اليه يكون موردا للحكم ومن هنا قلنا فيما تقدم أنه مع قطع بالهلاك فيثبت الغرر بالاولوية فانه اذا ثبت الغرر باحتمال الهلاك وفسدت المعاملة باحتمال الهلاك وفى صور القطع بالهلاك فاولى بالفساد مع أنه لو كان موضوع الحكم هو الاحتمال لماكان وجه لتسرية الحكم الى القطع بالهلاك لعدم أخذه فى لسان الدليل وأما النبوى الثانى أعنى النهى عن بيع ما ليس عنده فهو ايضا شامل للمقام فانه غير قادر على التسليم وان كان عالما به فى الظاهر الآ انه جهل مركّب فلا يفيد بوجه فتكون المعاملة فاسدة.

قوله: ولو باع ما يعتقد التمكن فتبيّن عجزه فى زمان البيع.

أقول : ذكر المصنف أنه لو باع احد ما يعتقد تمكّنه من تسليمه كالساعة ونحوها وتبين عجزه فى زمان البيع ولكن تجددت قدرته بعد البيع صح وان لم يتجدد يبطل ولم يستدل على ذلك بشيء .

والظاهر أنه لا وجه لهذا الكلام ولا يترقب صدوره من المصنف (ره) وذلك لأنه ان كان النظر بدليل نفى الغرر حال العقد وبعدم القدرة على التسليم كك فلا شبهة فى فساد البيع فانه حين التحقق كان غرريا لفوات مقدار من المنافع عنه فى المدة التى كان عاجزا على التسليم لما عرفت من كون الاحتمال طريقا الى الواقع وكان هو أيضا فى الواقع غير قادر فلا يجديه العلم بالقدرة حال العقد لكونه جهلا وكك أنه ليس قادرا على التسليم بانه علمه بذلك فى الظاهر لا يوجب قدرة على التسليم مع كونه جهلا مركبا وتجدّد القدرة بعد زمان لا يوجب انقلاب العقد الفاسد الى الصحيح لان الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه .

وان كان النظر الى العلم بالقدرة فى الظاهر وقلنا بكونه مجزيا فى البيع من غير توجه الى الواقع وأنه يحصل به القدرة على التسليم فلا شبهة فى صحة المعاملة وكيف كان لا نرى وجها للتفصيل فى المقام كما لا يخفى فافهم .

وبعبارة أخرى ان كان النظر فى هذا الفرع الى الظاهر فلا شبهة فى تحقق الشرط فيكون البيع صحيحا وان كان النظر الى الواقع فلا شبهة فى عدم تحقق الشرط فيكون العقد باطلا من غير فرق بين كون الدليل أى من النبويين كما لا يخفى

قوله : ثم لا اشكال فى اعتبار قدرة العاقد اذا كان مالكا .

أقول : قدعرفت بما لا مزيد عليه أن المعتبر فى البيع هو العلم

بالقدرة على التسليم وأن المانع عنه هو احتمال العجز عن التسليم وانما كان القطع بالعجز عن التسليم مانعا من باب الاولوية والفحوى لا بدلالة النبوى منطوقا لعدم الغرر فى صورة العلم بالعجز ·

وأما الكلام فيما اذا كان البيع صادرا عن غير المالك بان كان وكيلا عنه فى ذلك فهو تارة يكون وكيلا فى اجراء العقد فقط فلا يعتبر فيه قدرته على التسليم ولا أن عجزه مانع عن البيع، بل هو وكيل فى العقد واجراء الصيغة فقط، بل لا يعتبر علمه بخصوصيات المبيع كما لا يعتبر فى النكاح أن يعرف الزوجين وفى الطلاق لا يعتبر علمه بالخصوصيات بل يجرى الصيغة بدلا عن الموكّل بلااحتياج الى شيء اصلا وانما الشرائط كلها معتبرة فى العوضين والناكح والمنكوح والمطلّق والمطلّقة والحاصل لاعبرة بقدرة العاقد وعجزه كما لا عبرة بعلمه وجهله بشرائط طلاق زوجة موكله ·

وبالجملة أن مجرى العقد ليس له الاّ التصدى والمباشرة باجراء صيغة العقد فقط وأما الزائد عن ذلك فلا يرجع اليه أصلا ·

وأما الوكيل المفوّض فلاشبهة فى كفاية قدرته لعدم الغرر مع ذلك وعدم كون بيعه من بيع ما ليس عنده وأما كفاية قدرة موكّله مع عجز الوكيل فهو وجهان، والظاهر هو كفايته وذلك من جهة أن القدرة وان كانت معتبرة فى العاقد وكان الوكيل عاجزا عنه ولكن الوكيل حيث كان بدلا تنزيليا للموكل وفى منزلته كفى قدرة الموكل فى صحة اعتبار الشرط المذكور فى العقد ومن لو عرض للوكيل شيء وصار عاجزا عن اتهاء الشرائط المعتبره فى المعاملة أو فى افعاله الاخر لكان الوكيل مسؤلا فى ذلك ويراجع اليه فى تتميم هذا الشرط ·

نعم يعتبر فى ذلك علم المشترى بقدرة الموكل على التسليم والاّ

فتكون المعاملة غررية لماعرفت من أن الغرر بمعنى الخطر وهو متحقق مع جهل المشتري بقدرة الموكّل على التسليم مع كونه عالما بعجز الوكيل الآ ان يكون الدليل على الاعتبار منحصرا بنهى النبى (ص) عن بيع ما ليس عنده فانه حينئذ يحكم بصحة لعدم صدق بيع ما ليس عنده على ذلك مع قدرة الموكل على التسليم فان البيع بيع واحد له ولوكيله و ما لوكيله له ومن هنا ظهر أن ما فى كلام شيخنا الاستاذ من الحكم بالصحة من غيرفرق بين علم المشترى على قدرة الموكل وجهله بها فى غير محلّه.

وربما يقال بتقييد الحكم بالكفاية بما اذا رضى المشترى بتسليم الموكل و رضى المالك برجوع المشترى عليه فبدونهما لا يمكن الالتزام بالصحة وأن الأمر مفوّض الى الوكيل وبعبارة أخرى أن المعتبر فى المعاملة اعتبار قدرة المتبايعين على التسليم و هما الوكيل من قبل البايع و المشترى وبما ان الوكيل بدلا تنزيلى للموكل فيكفى قدرته أيضا فى صحة البيع و لكن لا مطلقا ،بل اذا رضى المشترى أن يرجع الى الموكل ورضى الموكل أن يرجع المشترى اليه والآ فلاوجه للصحة اذ للمشترى أن يقول بانى ماعاملت مع المالك وانما عاملت معك ،وأنت المخاطب بالتسليم وهكذا للمالك أن يتكلم بمثل ذلك.

ثم رتب على ذلك رجحان الحكم بالبطلان فى الفضولى لأن التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الاجازة لكونه أجنبيا عن العقد وانما هو فضولّى محض واسمه مطابق مع المسمّى وأما قدرة المالك فانما تؤثر لو بنى العقد عليها وكان المالك راضيا برجوع المشترى اليه وكان المشترى راضيا بالرجوع الى المالك وحصل التراض منهما على العقد حال البيع لعدم كفاية قدرة الآذن فى صحة بيع المأذون الآ مع الشرط المذكور كما لا يخفى

والفرض أنه لم يتحقق في الفضولي والبناء على القدرة الوقعية غير مفيد اذ الشرط هي القدرة المعلومة.

والحاصل أنه يعتبر في صحة بيع الفضولي رضاية المشتري برجوعه الى المالك ورضاية المالك برجوع المشتري اليه، وقدرة البايع على التسليم، اما الشرط الاول فغير متحقق لعدم البناء على ذلك واما الشرط الثاني فكذلك أيضا اذ لعدم كون الفضولي قادرا على ذلك لخروجه عن حدود العقد وقدرة المالك لم تنفع لعدم كونها مؤثرة في ذلك، بل تؤثر مع البناء المذكور.

وبعبارة أخرى ان القدرة قبل الاجازة لم توجد وبعدها ان وجدت لم تنفع، والحاصل أنه أنكر صحة الفضولي بهذا الاشكال المختصر.

ثم أورد على نفسه بأنه يمكن الوثوق بقدرة الفضولي على التسليم بأن يحصّل رضاية المالك على ذلك لعدم ردّ المالك كلامه لصداقة بينهما وأنه لا يخرج عن رأيه فتحقق للفضولي بذلك قدرة على التسليم حال العقد.

ثم أجاب عنه بوجهين، أولا: بأن هذا الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضوليا لمصاحبة الاذن للبيع غاية الأمر انما يكون حصول ذلك بالفحوى وشاهد الحال فلا يتوقف صحته على الاجازة

وثانيا: بأنه لو سلمنا بقائه على الصفة وظاهر أن القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض.

وقال المصنف: وفيما ذكره من مبنى مسألة الفضولي ثم تفريع الفضولي ثم في الاعتراض الذي ذكره ثم في الجواب عنه أولا وثانيا تأمل، بل نظر فتدبر.

اما ما ذكره من مبنى مسألة الفضولي من اعتبار رضا كل من الموكل

والمشترى فى الرجوع الى الآخر فاسد فى نفس هذه المسألة لعدم الدليل عليه وانما المانع عن صحة البيع هو الغرر وعجز البايع عن التسليم ومن الواضح أنه يكفى قدرة المالك على التسليم مع رضا المشترى بها كما عرفت لعدم الغرر ولا كونه من بيع ما ليس عنده ومع ذلك فاعتبار أمر آخر هنا وهو رضاية كل من المالك الموكل والمشترى بالرجوع الى الآخر تحرص الى الغيب وقد عرفت ان قدرة الموكل يكفى فى صحة بيع الوكيل لكونه نازلا منزلة الموكل وأن فعله فعل الموكل كما لا يخفى.

وعلى تقدير تسليم الاشكال فى بيع الوكيل فلا تسلّم كونه مبنى لبطلان بيع الفضول وتفريعه عليه وذلك لماعرفت من خروج الفضولى عن حدود البيع وانما هو فضولى محض فلاوجه لاعتبار قدرته على التسليم فى البيع وأن اعتبار قدرته عليه كاعتبار قدرة الجار على ذلك وأن حاله حال الوكيل فى اجراء الصيغة، بل اسوء منه فهل يتوهّم أحد اعتبار قدرة مجرى العقد على التسليم فى صحة العقد والحاصل أن الفضولى خارج عن باب العجز عن التسليم تخصصاً وهو اسوء حالا من الوكيل فى اجراء الصيغة الذى لاشبهة فى أن قدرته وعجزه لا أثر له فانه لا يرتبط به العقد حتى يكون عجزه موجبا لبطلان العقد كما هو واضح والحاصل بناء على صحة المبنى فلاوجه للتفريع.

وأما الاعتراض فلو سلمنا المبنى وسلمنا أيضا تفريع بطلان الفضولى عليه ولكن الاعتراض الذى أورده على نفسه لاوجه له مع قطع النظر عما أجابه عن الاعتراض وذلك أولا ماعرفت من كون الفضولى خارجا عن العقد وأن البيع انما يكون أما لغوا محضا مع عدم الاجازة أو بيعا للمالك مع الاجازة فالمناط فى القدرة المعتبرة فى صحة العقد هو قدرة المالك المجيز لا قدرة

شخص آخر وان اعتبار قدرة الفضولي في ذلك كاعتبار قدرة الأجانب في ذلك العقد .

و ثانيا : أن مجرّد وثوق الفضولي بارضاء المالك لا يوجب قدرة الفضولي على التسليم المعتبر حال العقد والذي اعتبرناه في المبنى ، ثم رتب عليه التفريع هو رضا كل من الموكل و المشترى بالرجوع الى الاخر ، و ليس في البين رضاء من المشترى بتسليم المجيز ولا رضاء من المالك برجوع المشترى اليه فلا محلّ لهذا الاعتراض .

وعلى تقدير ورود الاعتراض فجوابه أولا بخروجه على هذا عن الفضولي غير تام لما عرفت سابقا من عدم كفاية الرضاء المقارن في خروج العقد عن الفضولية بل لا بد في الخروج من الاذن السابق أو الاجازة اللاحقة أو الوكالة .

وعلى تقدير الكفاية فليس هنا رضاء المقارن أيضا لعدم كون المالك راضيا بذلك بالفعل بل الفضولي يثق من نفسه بالمالك يرض بذلك و لا يخرج عن رأيه ومن الواضح أنه أمر متأخر لا فعلي كما لا يخفى .

و أما الجواب الثاني بأنه على تقدير التمامية لا يعم جميع افراد الفضولي وكونه أخص من المدعى فلا يرد عليه اعتراض فلاوجه لنظر المصنف في جميع ذلك وقوله وفي جوابه أولا وثانيا .

و لعله نظرا في غير الجواب الثاني ومراد ثم في الجواب أولا وثانيا رجوع النظر الى الجواب أيضا وان كان بعضه تماما والله العالم .

الكلام فى بيع الابق

قوله: مسألة لا يجوز بيع الا بق منفردا على المشهور بين علمائنا ·

أقول: يقع الكلام فى هذه المسألة فى امور ثلاثة، الاول: أنه ذكر المصنف فى آخر الكلام أنّ الغرر المنفى فى حديث نفى الغرر كما تقدمهو ما كان غررا فى نفسه عرفا مع قطع النظر عن الاحكام الشرعية الثابتة للبيع و لذا قوينا فيما سلف جريان نفى الغرر فى البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم وحاصل كلامه ان الغرر أمر عرفى كلما تحقق فيوجب فسادالمعاملة للنهى عن بيع الغررى كما هو الحال فى سائر القضايا الحقيقية، وان لم يتحقق فلا يترتب عليه الحكم، وأما الاحكام الشرعية فغير منوط به ولا يقال أن هذا غرر مع لحاظ حكم الشارع فى الموضوع الفلانى أو ليس بغرر مع لحاظ الحكم الفلانى ·

ورتب على ذلك بطلان البيع مراعى بالتسليم على خلاف الشهيد فى اللمعة حيث استقرب الصحة وقال ان تسلّم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتد به صح البيع ولزم والاّ تخير المشترى بين الفسخ والامضاء وأفاد المصنف فى وجه البطلان أن ثبوت الخيار حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه العجز عن تسلم المبيع فلا يندفع به الغرر الثابت عرفا فى البيع الذى يوجب بطلانه ·

وكذلك رتب عليه بطلان بيع الضّال والمجحود والمغضوب ونحوهما بدعوى أنه غررى فى نظر العرف فحكم الشارع بانفساخ العقد بالتلف الرافع للغرر لا يرفع الغرر العرفى لماعرفت من عدم لحاظ الغرر مع الاحكام الشرعية كما لا يخفى ·

أقول أن الغرروان كان من المفاهيم العرفية وأمره تحت نظر العرف كسائر المفاهيم العرفية الا ان تطبيقه على المصاديق ليس منوطا بنظرهم وعليه فاذا حكم الشارع فى مورد بعدم الغرر أو بوجوده فلا محذور فيه ولا يقال أن العرف لا يراه غررا كما هو كك فى كثير من الموارد كنفى الربا بين الوالد والولد ونفى الشك فى كثير الشك و هكذا .

وعلى هذا فلا مانع من الحكم بصحة البيع مراعى بالتسلّم نظير بيع السلم فانه ان كان البايع قادرا على التسليم الى رأس المدة فيحكم بالصحة فلا خطر وان لم يقدر على تسليمه وأيضا لا غرر لكونه باطلا من أصله .

وبالجملة فحكم الشارع بالانفساخ مع تعذر التسليم الذى هوفى حكم التلف قبل القبض رافع للغرر فلا وجه لما أفاده المصنف من كون الغرر أمرا عرفيّاغير مربوط بحكم الشارع وغير ملحوظ معه .

وبعبارة أخرى عدم القدرة على التسليم هنا كتلف المبيع قبل القبض فى سائر الموارد فكما أنه ليس غرر فى الثانى وكذلك فى الاول كما لا يخفى .

وأما بيع المحجود والضال والمغصوب فان كان تسليمها مرجوعا فى مدة مضبوطة فلاشبهة فى صحة المعاملة لعدم الغرر فيها بناء على تمامية دليل نفى الغرروح اذا تمت المدة فان حصل تمكنّ فيها والاّ فيحكم بالبطلان للانفساخ فأيضا لا غرر وتوهم غررية البيع فى مدة عدم الوصول الى المبيع فاسد لاقدام المشترى فى ذلك الوقت على الضرر .

وكك الكلام اذا كان مشكوك الحصول للمتبايعين الى مدة معينة و لكن فى المدة يكون أمره منجزا فانه اما يرجع قطعا أو لا يرجع قطعا فعلى كل حال لا غرر فيه فانه ان حصل صح البيع فلاخطر وان لم يحصل فيبطل

البيع أيضا فلا خطر.

بل الامر كك فى صورة علم المتبايعين بعدم الرجوع و لكن الى مدة معينة ثم بعد ذلك فاما يرجع قطعا أو لا يرجع قطعا ،وكذلك لوعلما بعدم الوصول اليه ولكن كان نظر المشترى من الاشتراء الانتفاع بعتقه فانه يصحّ مع العلم بعدم الرجوع لعدم الغرر ومن هنا لم يستشكل احد فى صحة بيع العبد المريض من جهة كونه غرريا لعدم العلم ببرئه وموته وذلك لأنه يجوز الانتفاع به ما لم يمت بالعتق فلا غرر نعم اذا لم يعلم حصول التمكن اليه فى مدة مجهولة فلا يعلم أنه يتمكن منه فى مدة قليلة أو كثيرة بحيث دار الامر بين الاقل والاكثر فيحكم بالبطلان لدليل نفى الغرر بناء على تماميته فان انتفاء المنفعة فى مدة لا يعلم أنها أى مقدار خطر على المشترى.

و من هنا يعلم أن ماذهب اليه الشهيد فى اللمعة من صحة البيع فيها اذا باع مراعى بالتسليم وجيه جداً.

الأمر الثانى أن مسألة بيع عبد الآبق لا يرتبط بمسألة الغرر، فان الدليل على عدم جواز بيع العبد الآبق هو النص و الاّ فربما ليس فيه غرر أصلا لجواز الانتفاع به بالعتق وعلى هذا فلاوجه لتعليل عدم جواز بيعه بأنه مع اليأس عن الظفر به بمنزلة التالف و مع احتماله بيع غررى منفى إجماعا نصا وفتوى.

و بالجملة لا يجوز بيع العبد الآبق منفردا مطلقا للنص ، خلافا للاسكافى على ما نسب اليه من تجويزه مبيعه اذا يقدر عليه المشترى أو يضمنه البايع.

وكيفكان فمسالة عدم جواز البيع مجهول للغرر و مسألة عدم جواز بيع العبد الآبق مسألتان لا يرتبط احدهما بالاخر ولا وجه لتعليل بطلان بيع الآبق

بطلان البيع الغرري كما لا يخفى ·

وعلى هذا لا تنافى فى كلامى الشهيد فى اللمعة و العلامة فى التذكرة قال الشهيد فى اللمعة لا يجوز جعل العبد الآبق مثمنا و جزم به ثم تردد فى جعله ثمنا وان قرب اخيرا المنع مع الانفراد ثم حكم بجواز بيع الضال و المحجود وقال العلامة فى التذكرة نظير ذلك حيث ادعى أولا الاجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غررى ثم قال و المشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفردا ،وقال بعض علمائنا بالجواز وحكاه عن بعض العامة أيضا ثم ذكر الضال ولم يحتمل فيه الآجواز البيع منفردا أو اشتراط الضميمة ،وذكر المصنف (ره) فان التنافى بين هذه الفقرات الثلاث، ظاهر والتوجيه يحتاج الى تأمل ·

ووجه التنافى عنده أنه لا يجتمع دعوى الاجماع على اشتراط القدرة على تسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غررى مع دعوى الشهرة على عدم جواز بيع الآبق منفردا مع أنه أيضا غررى فلابد من دعوى الاجماع عليه وكذلك لا يجتمع ذلك مع دعوى جواز بيع الضال مع أنه مثل الآبق و الحاصل أن الضال مثل الآبق فلابدّ من دعوى الشهرة على عدم جواز بيعهما وبيع الآبق غررى فلابدّ من دعوى الاجماع على بطلان بيعه أيضا ·

أقول : وقد ظهر مما ذكرنا من الفرق بين المسألتين عدم التنافى بين جميع هذه الفروع أصلا فان حكم الشهيد ببطلان بيع الآبق و جعله مثمنا لورود النص فيه و تردده فى الثمن من جهة احتمال اختصاصه بالمثمن كما هو الظاهر من النص لا يجوز اشتراء العبد الآبق وحكمه بجواز بيع الضال جزما فلخروجه عن مورد النص قطعا لعدم وروده فيه أصلا وكذلك

دعوى العلامة الاجماع وانما هو فى بيع الغرر الذى هو غير بيع العبد الآبق ودعوى الشهرة فى بيع العبد الآبق وتجويز البيع فى الضال الخارج عنهما جزما هو واضح فلا تنافى ومن هنا ظهر الاشكال ما فى حكم المصنف بعدم جواز جعل العبد الآبق ثمنا كما لا يجوز جعله مثمنا لاشتراكهما فى الأدلة .

نعم يمكن استفادة عدم جواز من التعليل بقوله (ع) ان لم يقدر المشترى عليه فكان ما أخذه مكان ما نقده فانه يشمل الثمن أيضا كما أنه يشمل الضال أيضا .

الأمر الثالث اذا اعتبرنا القدرة على التسليم فى البيع فهل يلحق به الصلح ، وجوه ، الاول : عدم الاعتبار مطلقا لكونه مبنيّا على المساهلة و التوسعة فلا يضر فيه الجهل بالعوضين على أنّ دليل الغرر مخصوص بالبيع فلا يجرى فى غيره .

الثانى : اعتبار الشرط المذكور فى الصلح ، بل فى جميع العقود المعاوضة فدليل نفى الغرر وان ورد فى البيع ولكنه لا خصوصية فيه حتى أن الفقهاء يستدلون به فى غير المعاوضات كالوكالة فضلا عن العقود المعاوضية كالاجارة والجعالة والمزرعة وغيرها ، بل أرسل العلامة فى كره على ما نسب اليه المصنف فى الخيارات أنه نهى عن الغرر .

الثالث : التفصيل بينما يكون البناء فيه على التسامح كما فى الصلح المحاباتى فيحكم بعدم اعتبار الشرط المذكور فيه لعدم الغرر فيه بعدما كان الغرر ايصال المال الى المصالح له وعدم كون اخذ العوض محط نظر أصلا فلو صالح جميع أمواله لزيد فى مقابل درهم وكان فيه فرس شارد لا يضرّ بصحة الصلح لعدم الغرر فيه اصلا وبين ما لم يكن كك كما هو المرسوم

فى السوق كثيرا حيث يعاملون بلسان الصلح فى معاوضاتهم وهو فى الحقيقة بيع بلسان الصلح وقد اعتبروا الشرط المذكور هنا لكونه بيعافان البيع هو مبادلة مال بمال وهو صادق عليه كما تقدم فى أول البيع .

أقول : ان كان مدرك الاشتراط الاجماع على الاشتراط وعدم جواز بيع ما لا يقدر البايع على تسليمه فلا يجرى فى غير البيع ،فانه دليل لبىّ فلابد من أخذ المقدار المتيقن وهو البيع وان كان دليله هو نفى الغرر أولا تبع ما ليس عندك فيجرى ذلك فى القسم الثانى من الصلح ، لعدم الخصوصية البيع ،فان الفرض هو نفى الغرر وله خصوصيّة لا للبيع على ان القسم الثانى من الصلح بيع لانه تبديل بين الشيئين وهو صادق عليه ، فان نتيجة التبديل بين الشيئين الذى هو حصول المال للمتعاوضين حاصل هنا أيضا .

ولكن قد عرفت عدم تمامية دليل نفى الغرر لضعف السند وعدم تمامية لا تبع ما ليس عندك من جهة عدم تمامية دلالته فلا يبقى دليل على اعتبار الشرط المذكور فى البيع فضلا عن الصلح وعلى هذا فلابد من التكلم فى مسألة العبد الآبق الذى ورد فيه نص حتى نلاحظ أنه يمكن استفادة حكم غير العبد الآبق من ذلك أم لا ،والاّ لما كان لخصوص هذه المسألة ثمرة عملية فعلا ،واما بناء على المشهور من تمامية اعتبار الشرط بدليل نفى الغر فبيع العبد الآبق مع الضميمة تخصيص،فنقول أنه لا شبهة فى عدم جواز بيع العبد الآبق منفردا لورود النص عليه ،والاّ مع الضميمة خلافا لمجموع العامة فانهم منعوا عن ذلك فبيعه مع الضميمة تخصيص لعدم جواز بيع ما لا يقدر على تسليمه على مسلك المشهور ،فان مقتضى القاعدة بطلان البيع ولو جعل مجهول الحصول جزء المبيع لأن جعل جزء من الثمن مقابل المجهول غررى .

و أما على مسلكنا فالحكم الثابت على جواز بيع الآبق مع الضميمة من الاول مضيق فيكون عدم جواز بيعه بدون الضميمة تخصيصا للعمومات و قد ورد روايتان تدلان على عدم جواز بيع العبد الآبق بدون الضميمة.

الاولى صحيحة(١) رفاعة ،قال: قلت لابى الحسن(ع) ايصلح لى أن اشترى من القوم الجارية الآبقة و اعطيهم الثمن واطلبها أنا ، قال: لا يصلح شرائها الاّ ان تشترى منهم ثوبا أو متاعا فنقول اشترى منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهما فان ذلك جائز.

فهذه الرواية مختص بالبيع و الرواية الثانية موثقة(٢) سماعة ، فهى أوسع منها عن أبيعبدالله(ع) فى الرجل قد يشترى العبد وهو آبق عن أهله قال :لا يصلح الاّ أن يشترى معه شيئا فيقول أشترى منك هذا الشىء و عبدك بكذا وكذا درهما ،فان لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى معه فان ذيل الرواية من التعليل لا يختص بالبيع، بل يجرى فى غيره أيضا كما لا يخفى.

فمقتضى الروايتين أن بيع العبد الآبق منفردا لا يجوز مع أن فيه نفعا وهو الانتفاع به بالعتق وأما غير العبد الآبق فلايجوز بيعه بدون الضميمة بطريق أولى ،اذا تعذر التسليم فيه لعدم النفع لفيكون الروايتان دليلا على اعتبار القدرة على التسليم فى البيع وغيره من العقود ، و المعاوضية كما اشرنا الى ذلك فيما سبق من التكلم فى دليل الشرط ، و بالجملة فدليل اعتبار القدرة على التسليم هو النص الوارد فى عدم جواز

---

(١) وسائل ، ج ١٢ ،ص ٢٦٢

(٢) وسائل، ج ١٢ ،ص ٢٦٣

بيع العبد الآبق منفردا فانه يدل على عدم الجواز فى غيره بدون الضميمة بالاولوية وأما مع الضميمة فبمقتضى قوله عليه السلام فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه جائزا فان المستفاد من ذلك أن المال لا يذهب فى كل مورد كان بيع غير المقدور مع الضميمة وأن ذلك حكم بعنوان القضية الحقيقية وان كان الثمن صالحا فى مقابل الضميمة حكم كلّى وعليه فنتعدى بذلك الى الصلح و جميع العقود المعاوضية عليه ، بل نتعدى بجواز بيع غير الآبق مع الضميمة فما لا يقدر على تسليمه كالفرس الشارد ، و الابل الشارد ، كما عرفت ، ومع الغض عن شمول الرواية على ذلك فقد عرفت أنه لا دليل على اعتبار القدرة على التسليم الاّ الفحوى من روايتين بيع العبد الابق مع الضميمة ومن الواضح أن الفحوى يجرى فى صورة الانفراد لا مع الضميمة و أما فيه فيتمسك بالعمومات كما لا يخفى ولكن لم يلتزموا المشهور بجواز بيع غير العبد الآبق من موارد عدم القدرة على التسليم مع الضميمة حتى صرحوا بعدم جواز بيع الفرس الشارد مع الضميمة و الوجه فى ذلك دعوى الاجماع ، بل النص كما تقدم من نفى الغرر من المشهور على بطلان بيع ما لا يقدر على تسليمه ولكن مجرّد عدم التزامهم بذلك لا يوجب الوهن بعد ما ساعدنا الدليل على الحكم بالجواز فى غير الآبق أيضا مع الضميمة لشمول العمومات عليه .

ثم يقع الكلام فى خصوصيات ذلك ، ففى هنا فروع :ـ

الاول : هل يجوز بيع الآبق مع الضميمة مطلقا ، سواء كان رجوع العبد مرجوّا أم غير مرجو؟ أو لا يجوز الاّ اذا كان مرجو الرجوع فقد؟ اختار المصنف الثانى و تبعه شيخنا الاستاذ وقد استدل المصنف عليه بأن ظاهر السؤال فى الرواية الاولى هو ذلك حيث قال الراوى ايصلح لى أن اشترى من

القوم الجارية الآبقة اعطيهم الثمن وأطلبها فأن الظاهر من كلمة اطلبها أن الوصول اليها مرجوّ و الاّ لماكان وجه للطلب ·

وكك ظاهر الجواب فی الرواية الثانية حيث قال(ع) فان لم يقدر على العبد كان الذی نقده فيما اشتراه معه ،فان الظاهر من كلمة فان لم يقدر أن الوصول اليه حين البيع كان مرجوا والاّ لم يكن وجه لهذا الكلام ثم قال أن ذلك هو ظاهر معاقد الاجماعات المنقولة ،ثم استدل على البطلان فی صورة اليأس بوجهين آخرين ،الاول أن بذل جزء من الثمن فی مقابله أكل للمال بالباطل ،والثانی أنه بيع سفهی والاّ لجاز بيعه مستقلا فالمانع من استقلاله مانع عن جعله جزء من الثمن فی مقابله ·

أما قضية لزوم كونه أكلا للمال بالباطل فقد عرفت أن آية النهی عن أكل المال بالباطل مختصّة بالاسباب الفاسدة كالقمار ونحوه مقابل الاسباب الصحيحة فلا تدّل على شرائط العوضين ·

وأما الثانی : فقد عرفت عدم الدليل على بطلان بيع السفهی ،بل العمومات بالنسبة اليه محكمة وانما الدليل على بطلان بيع السفيه و هو لمهجوريته عن التصرف ،على أنه قد يكون سفهيّا أی فيما كان ما جعله من الثمن فی مقابل العبد زائدا وبالمقدار الواقع فی مقابل غير الآبق و أما اذا كان بمقدار أربعة فلس فلا سفه فيه ،بل ربما يحصل له نفع عظيم من ذلك كما لا يخفى ·

وأما الرواية فلا مانع من شمول قوله(ع) فان لم يقدر الخ ، على صورة اليأس ايضا فان احتمال الوصول معه باق على حاله وكذلك لا مانع من شمول السؤال على ذلك فانه لا مانع من المطالبة مع اليأس لاحتمال الوصول اليه ·

و أما القطع بعدم الرجوع فهل يصحّ البيع هنا مع الضميمة أم لا ؟ الظاهر أنه لا مانع عنه هنا أيضا وذلك أن قوله(ع) وان لم يقدر على العبد كان مانقده فيما اشتراه معه وان لم يكن شاملا لصورة القطع بعدم الرجوع و لكن الظاهر من الرواية عدم اختصاص الجواز بذلك فان الظاهر منها أن الثمن يقع فى مقابل الضميمة وكذلك كون الضميمة قابلا لان يقع فى مقابل الثمن ولا يذهب هدرا فكون الثمن صالحا لأن يقع فى مقابل الضميمة حكم كلّى نحو القضية الحقيقية وانما سأل السائل عن فرد من ذلك لا أن الرواية مسوقة لبيان حكم قضية شخصية فى مورد خاص بحيث لا يمكن التعدى منه الى غيره ولذا ذكر فى السؤال أن الرجل قد يشترى العبد الآبق .

و بالجملة الظاهر من الرواية أن بيع العبد الآبق مع الضميمة مطلقا صحيحة سواء كان رجوعه مرجوا أو لا ، بل يصحّ مع القطع بعدم الرجوع كما عرفت .

منها أنه يعتبر كون الضميمة مما يصح بيعها مستقلا لظهور الرواية فى ذلك فان قوله(ع) فان لم يقدر كان مانقده فيما اشتراه معه ظاهر ، بل صريح فى كون الضميمة مما يكون قابلا لان يقع عليه البيع فلو لم يصح بيعه اما لعدم النفع عرفا كالخنفساء و الجعلان ونحوهما أو لعدم النفع فيه شرعا كالخمر والخنزير و الميتة واما لكونه مال الغير فلا يصح ان يقع ضميمة فان ما لا يصحّ بيعه مستقلا لا يصح بيعه مع الضميمة أيضا .

و منها أن يصح بيعها منفردا فما لا يصح بيعه كك كالعبد الابق ، فهل يصحّ بيعه أو لا ؟ ففيه خلاف فقد استشكل المصنف فيه من جهة عدم شمول الرواية له و ساعده شيخنا الاستاذ ولكن اختار الاستاذ المنع من جهة اقتضاء مناسبة الحكم والموضوع ذلك المعنى ، فان ما لا يصح بيعه

مستقلا فكيف يصح مع ضمه بمثله فلا يفيد انضمام ما لا يصحّ بيعه بمثله الحكم بالجواز بل يكون هو أيضا مثله كما هو واضح .

ولكن ما ادرى كيف لاحظوا الرواية حتى حكموا بعدم دلالتها على ذلك فان قوله (ع) فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه أقوى ظهور فى الاشتراط فان الظاهر منه أنه لا بد وان يكون هنا شيء يقع الثمن فى مقابله مع عدم القدرة على الوصول أى الآبق واذا كانت الضميمة أيضا مثله فلا شيء هنا ليقع الثمن فى مقابله فلا يصدق عليه قوله(ع) فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه فان المستفاد من الرواية ان ثمنه لا يذهب هدرا وأما مع كون الضميمة مثل الآبق فيذهب الثمن هدرا وأما اذا كانت الضميمة منفعة فان كان الغرض وصول شيء الى المشترى بحيث لا يذهب ثمنه هدرا مع عدم التمكن من العبد وكان صالحا لان يقع فى مقابل الثمن وان لم يكن ذلك بعنوان البيع فلا شبهة فى صحة ذلك وان كان النظر هو التعبد بالرواية واستفادة حكمه منها فلا يجوز فان الموجود فيها فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه ومن الواضح أن الشراء لا يصدق فى نقل المنافع لما عرفت فى أول البيع أن البيع انما هو لنقل الاعيان فلا يطلق فى نقل المنافع كما أن الاجارة انما هو لنقل المنافع فلا تطلق فى نقل الاعيان فكما لا يجوز بيعها مستقلة فكذلك لا يجوز بيعها منضمة أيضا ، وبالجملة أنه يعتبر فى الضميمة أن تكون جائزة البيع فى نفسها على انفرادها كما عرفت .

ومن جملة ما يقع الكلام فيه أنه هل ينتقل العبد الى المشترى من حين البيع بحيث اذا تلف قبل وصوله الى المشترى تلف فى ملك المشترى أو كان البيع مراعى الى أن يتمكن المشترى منه فاذا تمكن صحّ البيع فى المجموع و الآ تقع المعاوضة بين الضميمة و الثمن ظاهر المحكى عن كاشف الرموز هو

الثاني ولكن ظاهر ذيل كلامه هو الاول كما ذهب اليه المشهور وهو الاقوى فان الظاهر من الرواية قد يشترى الرجل العبد وهو آبق قال(ع) لا يصلح الاّ أن يشترى معه شيئا فيقول اشترى منك هذا الشئ وعبدك بكذا و كذا ،فان لم يقدر كان الذى نقده فيما اشترى معه هو انّ البيع و الشراء قد تما وتحققا من حين البيع فاذا لم يقدر المشترى عليه فيقع الثمن فى مقابل الضميمة فليس فيها اشعار بالتعليق كما هو واضح ،هذا لا شبهة فيه .

نعم ، لو بقى على اباقة بحيث صار فى حكم التالف يكون ذلك من البايع بمقتضى قاعدة كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال البايع كما سيأتى فى احكام القبض واما قوله (ع) كان الذى نقده فيما اشترى معه صريحا فى صحة البيع وكون الآبق ملكا للمشترى فيكون ذهابه منه و من كيسه فيكون هذا المورد تخصيصا للقاعدة المذكورة .

وبالجملة ظاهر الرواية أن التلف انما هو فى ملك المشترى لحصول البيع من الاول ولكن كان مقتضاه أن يكون ذاهبا من كيس البايع لقاعدة كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه ،و لكن ذيل الرواية اثبت الحكم على خلاف القاعدة تخصيصا لها ودّل على كونه ذاهبا من كيس المشترى كما هو واضح .

و لو تلف العبد الآبق قبل اليأس بحصوله أو كان اليأس فى حكم التلف كما تقدم من المصنف وان لم نقبله أو تلف بعد اليأس فهل يكون التلف من البايع بمقتضى القاعدة المتقدمة أو من المشترى فقد استشكل فيه المصنف و منشأ الاشكال احتمال شمول قوله (ع) فان لم يقدر عليه كان الذى نقده .الخ ،شاملا للموارد المذكورة ويكون عدم الظفر على العبد سواء كان باليأس أو بالتلف قبل اليأس أو بعده موجبا لوقوع الثمن بازاء الضميمة

بحيث كان ذلك كفاية عن عدم استرجاع شىء من الثمن وعدم ضمان البايع له فيكون تخصيصا للقاعدة أيضا ٠

ولكن الامر ليس كذلك فان الظاهر من قوله(ع) فان لم يقدر كان الذى نقده فيما اشترى معه أن المراد من عدم القدرة هى عدم القدرة من ناحية الاباق وأما اذا كان عدم القدرة من جهة الموت قبل اليأس فيكون ذلك داخلا تحت القاعدة .نعم التلف بعد اليأس لا يؤثر فى ضمان البايع بعد ما ثبت كون الثمن مقابل الضميمة باليأس واستقر ملك البايع على مجموع الثمن بازاء الضميمة من دون خيار للمشترى فى ذلك كما هو واضح ٠

ففى الصورة التى كان التلف من البايع اعنى التلف قبل اليأس فيقسّط الثمن على الضميمة والعبد فيصّح فى الضميمة ويبطل فى العبد ويرجع فى حصته الى البايع ان اعط ,والاّ فيعطى ما يخصّ بالضميمة فقط و يثبت للمشترى خيار تبعضّ الصفقة٠

قوله :ولو تلفت الضميمة قبل القبض وان كان بعد حصول الآبق فى اليد ،فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمة لا مجموع الثمن لان الآبق لا يوزّع عليه المثمن ، الخ ،

أقول : فى توضيح ذلك أنه اذا تلفت الضميمة قبل وصولها الى المشترى وقد وصل الآبق اليه فيقّسط الثمن على الضميمة والعبد فيصحّ فى العبد ويبطل فى الضميمة فيسترد المشترى ما قابلت الضميمة من الثمن ان كان قد دفعه والاّ فيعطى ثمن العبد فقط ولا يقّسط قبل وصول العبد الى المشترى فانه مادام آبقا لا يوزّع عليه الثمن مع تلف الضميمة ومن هنا ظهر ما صدر من المشترى شيئا كان فى حكم القبض كأن ارسل اليه طعاما مسموما فقتله أو اعتقه أو وهبه لشخص آخر ،فان هذا كلّها فى حكم القبض

فيقسّط الثمن عليهما فيبطل البيع في الضميمة ويصحّ في العبد ولكن بما أنه تصرف المشتري في العبد واتلفه بالتصرف فلا يكون له خيار تبعض الصفقة حينئذ بخلاف الفرض الاول اعني صورة حصول العبد بيد المشتري.

وأما لو تلفت الضميمة قبل حصول الآبق في يد المشتري فهل يحكم بصحة البيع بالنسبة الى العبد ويلتزم بالتقسيط ويبطل البيع في خصوص الضميمة أو يحكم بانفساخ العقد فقد تردد فيه المصنف أولا، وذكر فيه وجهان من ان العقد على الضميمة اذا كان كأن لم يكن من الاول وانعدم تبعه العقد على الآبق فصار هذا أيضا كأن لم يكن فيحكم بالبطلان في كليهما فيفسخ العقد فيهما معا فان سبب الضميمة حدوثا لم يكن الا العقد على الضميمة فاذا انعدم انعدم العقد على الآبق أيضا، ومن أن العقد على الآبق كان تابعا على العقد على الضميمة حدوثا واذا تملك المشتري العبد فيكون العقد على الضميمة كأن لم يكن فان الغرض منه لم يكن الا امكان بيع الآبق الذي لم يكن جائزا بالانفراد وبعد ما دخل الآبق في ملك المشتري فكان كأن لم يكن محتاجا الى الضميمة وكسائر متملكته وعلى هذا فينحل الثمن الى كل من الضميمة والآبق كسائر موارد اجتماع الشيئين في بيع واحد فيكون كل واحد منهما اجنبيّا عن الاخر وهذا الانحلال لا يوجب رفع الحكم الثابت في الابتداء من توقف صحة بيع الآبق على بيع الضميمة معه، فان مقتضى العمومات مع الشك في الصحة والفساد محكمة وهذا توضيح كلام المصنف باضافة اجمالا فتأمل، فان عبارته مغلقة.

ثم استظهر من النص الوجه الاول بدعوى ان الظاهر من النص أن لا يقابل الآبق بجزء من الثمن أصلا ولا يوضع له شيء منه أبدا على تقدير عدم الظفر به، وهذا هو الظاهر فان قوله (ع) فان لم يقدر كان الذي نقده

فيما اشترى معه ظاهر فى أنه لا بد وأن يكون هناك شئ يقع الثمن فى مقابله مع عدم القدرة على الآبق حدوثا وبقاء فانه لولا ذلك فبمجرد وقوع البيع لا بدّ وان يجوز التقسيط مع أنه ليس كك بل لا بد وان تستمر الضميمة مادام لم يحصل الآبق ولم يصل الى العبد ومن الواضح أنه مع تلف الضميمة ليس هنا بالفعل شئ ان يكون الثمن فى مقابله مع عدم القدرة على العبد ليشمل عليه قوله(ع) فان لم يقدر كان الذى نقده فيما اشترى معه فعليه فيحكم بالبطلان وان كان مقتضى القاعدة هو الصحة بعد تحققه صحيحا للعمومات الدالة على صحّة البيع كما عرفت فى توضيح كلام المصنف.

وبالجملة الذى يتحصل لنا من الرواية هو أن الضميمة ما لم تصل الى المشترى قبل أن يصل الآبق اليه لا طريق للحكم بصحة البيع وان استمر الى مدة بعيدة فان فى كل أن لوحظ البيع يصدق أنه ليس هنا شئ يكون الثمن فى مقابله فاذا وصلت الضميمة اليه انتهى أمد ذلك الحكم فحتبدل الحكم بأنه مع تلف الضميمة لا يحكم بالفساد كما هو واضح.

ثم بقى هنا فرعان قد اشار اليهما المصنف الاول أنه لووجد المشترى فى الابق عيبا سابقا على العقد فانه لا شبهة فى كونه مخيرا بين الفسخ والامضاء وانما الكلام فى انه هل له أن يرجع الى الأرش أم لا؟ فنسب المصنف القول بجواز الرجوع الى الأرش الى قول مشعرا بكونه محل الخلاف والظاهر أنه لا شبهة فيه فانه لا اشكال فى كون المشترى مخيرا بين الفسخ والامضاء بدون الارش او معه فى موارد ظهور المبيع معيبا ولا خصوصية للمقام حتى توجب عدم جواز رجوعه الى الارش الا ما ربما يتوهم من أن الأرش جزء من الثمن واقع بازاء وصف الصحة ومع عدم القدرة على العبد لا يقع شئ من الثمن بازاء العبد ليسترجع بعنوان الأرش ويحصّل جزء من

الثمن ، بل مجموع الثمن مع عدم القدرة على العبد واقع فى مقابل الضميمة ·

ولكن هذا التوهم فاسد فان وقوع مجموع الثمن مقابل الضميمة انما هو بعد اليأس من العبد بحيث يكون فى حكم التالف لا مطلقا و الفرض أن العيب كان سابقا على العقد فحين وقوع العقد على العبد مع الضميمة ، كان المجموع فى مقابل الثمن فيكون الثمن مقسّطا على العبد و الضميمة معا وما تقدم من عدم تقسيط الثمن على الآبق قبل وصوله اليه فيكون المقام كسائر موارد ظهور العيب فى المبيع فيتمسك بعمومات ما دل على كون المشترى مخيرا بين اخذ الأرش والامضاء بدونه وبين الفسخ ثم ان عدم تعرض المصنف لصورة كون المشترى مخيرا بين الفسخ و الامضاء من جهة عدم كونه محلا للخلاف ومحتمل العدم وانما مورد التوهم هو عدم ثبوت الأرش للتوهم المتقدم ولذا خصّه بالذكر ·

الفرع الثانى : انه لوكانت الضميمة ملكا للغير فعقد مالك العبد عليه العقد فضولا فهل يبطل العقد فى العبد مع عدم الاجازة أم لا ؟ فقال المصنف بالاول ،ولم يتعرضّ لحكم صورة الاجازة ،والظاهر هو البطلان مطلقا سواء أجاز المالك أو لم يجز وذلك لماعرفت أن شأن الضميمة كون مجموع الثمن فى مقابلها مع عدم قدرة المشترى على الآبق وفيما اذا كان المبيع مركبا من مال نفسه ومن مال الغير فيكون ذلك من الاول من حكم بيعين فيقع الثمن من الاول فى مقابل كلا المبيعين وليس هنا احتمال وقوع مجموع الثمن فى مقابل الضميمة فانه ح يلزم ان لا يكون لمالك العبد شىء أصلا و يكون مجموع الثمن لمالك الضميمة بدون الاستحقاق فانه مالك من الثمن بما قابل الضميمة دون الزائد كما لا يخفى فيذهب مال مالك العبد هدرا و الحال وقع البيع على المجموع من حيث المجموع·

وبعبارة أخرى المستفاد من الرواية أن يحصل لمالك العبد شئ سواء تمكّن المشترى منه أم لا ، ولكن مشروطا بكونه مع الضميمة ليقع الثمن في مقابلها مع عدم التمكن من الآبق وأن يحصل للمشترى أيضا شىء كك فاذا كانت الضميمة للغير فلا يمكن ذلك والحاصل ان الضميمة لابد وان تكون قابلا لان يقع مجموع الثمن فى مقابلها لقوله(ع) فان لم يقدر كان الذى نقده فيما اشترى معه واذا كانت الضميمة من مال الغير ولم يقدر المشترى على العبد فلازم ذلك ان يقع الثمن فى مقابل الضميمة ولا يحصل لمالك العبد شىء فهذا لا يمكن الالتزام به على أن الظاهر من قوله(ع) في موثقة سماعة لا يصلح الآ أن تشترى معه شيئا ويقول اشترى منك هذا الشىء وعبدك هو أن الضميمة من مال مالك العبد فان معنى اشترى منك معناه أن المال ماله ولو كان من مال الغير فليس الشراء منه ، بل لمالكه فان البايع فى الحقيقة فى البيع الفضولى هو المالك باجازته وامضائه وأنما الفضولى مجرى للعقد فقط ، فافهم .

الكلام فى اشتراط العلم بالثمن

قوله : مسألة : (المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا فلو باع بحكم احدهما بطل اجماعا) .

أقول : استدل على اعتبار هذا الشرط بوجوه :ـ

الاول : الاجماع، فانه ذكر غير واحد من الاعاظم أن كل بيع لم يذكر فيه الثمن فانه باطل بلا خلاف بين المسلمين .

وفيه أن الاجماع وان كان مسلما ولكن المظنون أن الاصل فيه النبوى

المشهور بين الفريقين(نهى النبى (ص)عن بيع الغرر) فليس هنا اجماع تعبدى .

الثانى : النبوى المذكور فانه استدل به الفقهاء من الشيعة والسنة على بطلان البيع الغررى ،وبما أن الجهالة بقدر الثمن توجب الغرر و الخطر فيكون البيع باطلا .

وفيه أنه قد تقدم عدم تماميته سندا ودلالة فلا يكون مدركا للحكم المذكور.

الثالث: رواية حماد بن ميسرة الواردة فى مورد خاص فانه روى عن أبى جعفر عليه السلام أنه كره أن يشترى الثوب بدينار غير درهم لانه لا يدرى كم الدينار من الدرهم .

وفيه أن غاية ما يستفاد منها أن المعاملة المذكورة مكروهة فهى أعم من الحرمة ،على تقدير ارادة الحرمة منها فهى لا تدل على الفساد لعدم الملازمة بين الاحكام التلكيفية والاحكام الوضعية فتحصل أنه لا دليل خاص على اعتبار العلم بقدر الثمن فى البيع،وعلى هذا فلابد من التكلم فى المسألة في جهتين الاولى بحسب القواعد ،والثانية بحسب الرواية الواردة فيها ،أما الجهة الاولى فان كان المراد من الجهالة بقدر الثمن جهالة بأصل المالية بحيث لا يعلم البايع أنه أى مقدار بل ربما لا يدرى أن ما جعل ثمنا فى البيع أنه مال أو ليس بمال ،فهذا لا شبهة فى بطلانه فان البيع مبادلة مال بمال وأن غرض المتعاملين تملك كل منهما مالا جديدا بازاء مايعطيه للآخر ولم يكن قبل هذه المعاملة مالكا له فاذا لم يدر أنه حصل له مال بذلك أولا ،ومع الحصول أنه أى مقدار فيكون نقضا للغرض فكأنه لم يقع البيع فيكون باطلا ولعل بطلان مثل هذا البيع ارتكازى للعقلاء

فلا يعتبرونه بيعا وان كان هذا ايضا محل تأمل لعدم اعتبار المالية فى البيع ولعدم بطلان البيع الصبى فلا منشأ للبطلان غير ذلك الاّ دليل نفى الغرر فقد عرفت الحال فيه غاية الأمر يثبت الخيار للمشترى. نعم سيأتى فى المسألة الثانية اعتبار العلم بالمثمن فى صحيحة الحلبى لا يحتاج الى التأمل ومن هذا القبيل بيع الثوب بدينار غير درهم كما ذكر فى الرواية حماد بن ميسرة وأن كان المراد من الجهالة هو الجهل بمقدار الثمن مع العلم بالمالية وكونه بمقدار القيمة السوقية فلا شبهة فى صحة البيع كما اذا باع الثوب بما يساوى القيمة السوقية فان مثل هذا الجهل لا يوجب الغرر و الخطر ولا أنه يوجب الجهل باصل المالية غاية الامر أنه لا يدرى أن أى مقدار من المال للجهل بالقيمة السوقية.

و أما الجهة الثانية فقد وردت رواية صحيحة(١) فى خصوص بيع الجارية ويستفاد منها صحة البيع قال رفاعة النخاس سألت أباعبد الله(ع) فقلت له ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمى فقبضتها منه ثم بعثت اليه بألف درهم فقلت له هذه ألف درهم حكمى عليك أن تقبلها فابى أن يقبلها منى وقد كنت مسستها قبل أن أبعث اليه بالثمن فقال عليه السلام : أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة فان كان قيمتها اكثر مما بعثت اليه كان عليك أن ترد ما نقص من القيمة وان كان قيمتها اقل مما بعثت اليه فهو له ، الخبر.

وفى الحدائق التزم بصحة البيع بحكم المشترى و انصراف الثمن الى

---

(١) وسائل ج ١٢، ص ٢٧١

القيمة السوقية لهذه الرواية وأولها المصنف بما ليس الا اسقاطا لها فى الحقيقة وقال لكن التأويل فيها متعين لمنافاة ظاهرها لصحة البيع. و فساده فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع اذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص ،نعم هي محتاجة الى أزيد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد بان يراد من قوله(ع) باعنيها بحكمي تقويمها على نفسي بقيمة عادلة لكون رفاعة نخاسا عالما بقيمة الجارية لأنه يبيع ويشترى الرقيق ثم قومها النحاس على نفسه بألف درهم اما معاطاة أو وكالة في الايجاب وأصالة فى القبول ،و انما لم يقبله المالك اما للغبن لخطاء النحاس فى التقويم أو لخيار الحيوان بناء على ثبوته فى الاماء و العبيد .

وقوله عليه السلام ان كان قيمتها أكثر مما بعثت اليه كان عليك أن ترد ،الخ ،اما يراد لزوم ذلك عليه من باب ارضاء المالك اذا اراد الامساك فيسقط المشترى أى النحاس مثلا خيار المالك ببذل التفاوت بأن يقول لا تفسخ المعاملة وسقط خيارك فاعطى التفاوت.

وماذكره الايروانى من أنه لا وجه لسقوط الخيار ببذل التفاوت من جهة توهم ان فاعل يسقط هو الخيار وعرفت أنه هوالمالك واما أن يحمل ذلك على صورة حصول الحمل بعد المس فصارت أم ولد و تعين عليه قيمتها اذا فسخ البايع.

وهذا التأويل ليس الا عبارة اخرى من اسقاط الرواية فانه ليس فيها اشارة الى الوكالة وكون المشترى وكيلا عنه أو كون المعاملة على سبيل المعاطات على أن ظهور عليك ليس الاّ الالزام على الرد وماذكره من حمله على ارضاء المالك باسقاط الخيار أو حملها على صورة الحبل خلاف الظاهر

من الرواية جدا و على هذا فيدور الامر بين رفع اليد عن الرواية وردعلمها الى اهلها وبين توجيهها على نحو لا ينافى ظاهرها ، و الظاهر هو الثانى و الذى ينبغى أن يقال أنها راجعة الى أمرعرفى متعارف بين الناس من المعاملة فان من المتعارف فى زماننا خصوصا بين الحمالين أنهم لا يقاطعون فى مقام المعاملة على الثمن والاجرة بل يوكلون الامرالى المشترى و المستأجر .

و لكن من المقطوع من القرائن ان غرضهم فى ذلك ليس هو حكم المشترى والمستأجر بحيث لو نقص عنها يطالبون القيمة السوقية وأذا زاد أو طابق الواقع فينطبق الثمن عليه ففى الحقيقة أن الثمن فى أمثال هذه المعاملات أمر كلّى وهو عنوان القيمة السوقية و مازاد الذى هو قابل الانطباق على القيمة الواقعية ومازاد دون الناقص عنها لخروجه عن دائرة الكلى .

و نظير ذلك قد ذكرناه فى تصوير الجامع فى العبادات بين الصحيح و الاعم وقلنا بامكان فرض كلّى يكون قابل الانطباق على الكامل و الناقص ومثلنا لذلك بلفظ الكلمة الموضوعة لما يكون مركبا من حرفين وصاعدا فانها قابل الانطباق على مايكون مركبا من حرفين أو ثلاثة أحرف أو أزيد و أيضا مثلناه بكلمة الدار الموضوعة لعرصة المشتملة على الحائط و القبة الواحدة أو أكثر فلامانع من ان يكون الامر فى المعاملة أيضا كذلك . فالثمن فى مثل المعاملة المذكورة هو الكلى المنطبق على القيمة السوقية و الاكثر فيملك البايع لهذا الكلى فالرواية الشريفة تدل على هذه القضية المتعارفة فلا وجه لرفع اليد عنها أو تأويلها على نحو يكون اسقاطا لها فيكون ح وجها لالزام المشترى على رد الناقص لكونه أقل من القيمة التى وقع عليها البيع

فيقع قوله(ع) فعليك ،الخ ،فى موقعه ومن هنا ظهر بطلان ما ذهب اليه صاحب الحدائق ايضا من حمل الرواية على القيمة السوقية لما عرفت ان الثمن هنا كلى وهو القيمة السوقية ومافوقها كما لا يخفى.

و بالجملة فلو قال البايع بعتك بسعر مابعته أو علم المشترى بأن ما اشتراه من البايع فليس ثمنه أزيد من القيمة السوقية فهى مضبوطتفى السوق وأن لم يعلم هو بالقيمة تفصيلا فلادليل على فساد هذا البيع للجهالة ، فانها ليست على نحو تكون موجبة لعدم العلم ،بأن الثمن أو المثمن مال أو ليس بمال أقل أو أكثر ، على نحو يوجب الخطر بحيث يتوقف العقلاء أيضا فى اعتباره بيعا وان كان هذا أيضا محل تأمل فانه لا دليل على هذا وأنه بدون المنشأة الاّ أن يكون هنا اجماع على البطلان فما عن الاسكافى من صحة البيع اذا قال البايع بعتك بسعر ما بعته فى غاية المتانه ،و لكن قوله ويكون للمشترى الخيار لا وجه له فانه ان كان البيع غرريا فيكون باطلا فليس له خيار وان لم يكن غرريا فيصح وأيضا ليس له خيار كما هو واضح .

الكلام فى اشتراط العلم بالمثمن

قوله : مسألة :العلم بقدر المثمن كالثمن شرط باجماع علمائنا .

أقول : اعتبروا العلماء العلم بمقدار المثمن بلاخلاف فلو باع ما لا يعلم أنه أى مقدار فلايجوز الاّ اذا كان الجهل على نحو لا يضرّ كما اذا علم البايع بالمبيع ويبيعه على القيمة السوقية ويعلم المشترى أيضا أنه مايشتريه على النحو المتعارف فى السوق فانه لا وجه هنا للبطلان الاّ اذا كان هنا اجماع على البطلان وتحقيق الكلام هنا فى جهتين الاولى فى اعتبار العلم

بالمكيل والموزون أما الاولى فالدليل عليه الوجوه المتقدمة المذكورة لاعتبار القدرة على التسليم وكون الجهالة و الغرر موجبا للبطلان وقدعرفت الكلام فيها وما يرد عليها ويمكن الاستدلال عليه أيضا بتقرير الامام (ع) على عدم الجواز البيع جزافا فى صحيحة (١) الحلبى عن أبى عبدالله عليه السلام أنه سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعده فيكال بمكيل ثم يعد ما فيه ثم يكال على حساب ما بقى من العدد قال لا بأس فان الظاهر من السؤال أن السائل اعتقد عدم جواز البيع جزافا وأنه كان من المرتكزات عنده وعند العرف، ولذا سأل عن جواز الكيل فى المعدود وقد قرّر الامام (ع) اعتقاده ولم ينبه على جواز البيع جزافا كما نبّه على جواز البيع بالكيل فى المعدود فيعلم من ذلك أن البيع جزافا لا يجوز، والاستدلال بها أتم واحسن من دليل نفى الغرر ونحوه واما الثمن فهو كالمثمن للقطع بعدم الفرق بينهما .

و أما الجهة الثانية فالمشهور بل المجمع عليه اعتبار الوزن أو الكيل فى المكيل والموزون فلو باع جزافا لا يصحّ حتى مع عدم الغرر كما اذا كان مقدارا من الحنطة مثلا فى احد طرفى الميزان و مقدار من الارز فى الطرف الاخر الذى يساوى الحنطة فباع احدهما بالاخر ولكن لا يعلم أنه أى مقدار فانه لا يجوز ذلك فتدل عليه الروايات المعتبرة .

منها صحيحة (٢) الحلبى فى رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم وان صاحبه قال للمشترى ابتع منى من هذا العدل الاخر بغير كيل فان فيه مثل ما فى الاخر الذى ابتعت قال لا يصلح الاّ بكيل قال وماكان

(١) وسائل : ج ١٢ ، ص ٢٥٩

(٢) وسائل : ج ١٢ ، ص ٢٥٤

من طعاما سميت فيه كيلا ، فانه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام وفى رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة والمطلب واحد ٠

فالظاهر من هذه الرواية المباركة أنه لا يجوز البيع فى المكيل و الموزون مجازفة وجزافا ، ولكن أشكل عليها بوجهين ، الاول بالاجمال ، بمعنى أنه ما معنى قوله (ع) وماكان من طعام سمّيت فيه كيلا ، فان ظاهره التنويع وأن الطعام على قسمين احدهما يعتبر فيه الكيل والاخر لا يعتبر فيه الكيل ، والحال أن جميع الطعام من سنخ واحد فان اعتبر الكيل فهو فى جميعه والاّ فكك وأيضا فذيل الرواية ظاهر فى كون ذلك مكروها وهولا يضر بالمعاملة ٠

الثانى : أن الرواية مشتملة على ما لم يلتزم به احد وهو عدم تصديق البايع وليس كك فانه يصدق فى اخباره بالمبيع نصّا وفتوى أما الاول فيرد عليه أن المراد من الكراهة ماذكره المصف من أنها فى الروايات أعم من الكراهة المصلحة فلا يعارض بظهور لا يصلح ولا يصح فى الفساد على أن الكراهة بمعنى الحرمة أيضا لا يعارضه لعدم الملازم بين حكم الوضعى والتكليفى ٠

وأما قوله ما سمّيت من الطعام فليس تنويعا بل ذكر من جهة الاشعار الى علة الحكم ووجه اعتبار الوزن والكيل فى الطعام من أنه من جهة بطلان المعاملة فيه بدون ذلك لاعتبار الكيل فيه ولكونه طريقا الى وزنه و مقداره فانه لو ترك ذلك القيد فاحتمل أن بطلان المعاملة فى المكيل من جهة آخر من التعبد ونحوه لا من جهة طريقية الكيل الى مقدار الواقعى و اخراجه عن الغررية كما لا يخفى ٠

و أما الاشكال الثانى أن تصديق البايع وان كان مسلما كما سيأتى فى الروايات الاتية ولكن ذلك انما يكون اذا أخبر عن الكيل بان يقول

أنا كلت ذلك كما هو المتعارف فى اليوم فى البقالين و العطارين حيث يوزنون الاشياء لسهولة البيع عنده فيخبرون عن ذلك لا الاخبار عن المتاع بالجزاف و بالحدس من غير كيل ووزن و الرواية ظاهرة ، بل صريحة أن اخبار البايع عن العد الاخر انما هو بالمجازفة والحدس لا عن الوزن و الكيل فان قوله اشتر منى هذا العدل الاخر بغير كيل وكذا قوله (ع) وما سميت فيه كيلا لا يصح مجازفة ظاهر أو صريح فيما نقول .

ومنها موثقة(١) سماعة قال سأت عن شراء العطام وما يكال و يوزن بغير كيل ولا وزن فقال أما ان تأتى رجلا فى طعام قد كيل و وزن نشترى منه مرابحة فلا بأس ان اشتريته منه ولم تكله ولم تزنه اذا اخذه المشترى الاول بكيل أو وزن الخ ، وهى أيضا تدل على اعتبار الكيل والوزن فى الطعام وعلى كفاية اخبار البايع بالوزن و الكيل .

ثم انه يقع الكلام فى أن اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل والموزون فى جميع الموارد أو مختص ببعضها وتنقيح هذا البحث يتوقف على البحث فى أن الغرر المنفى فى البيع هل هو شخصى أو نوعى فعلى الاول يختص الحكم بمورد وجود الغرر فعلا و على الثانى فيعم جميع الموارد فلا يجوز البيع جزافا وان لم يكن فيه غرر و أيضا يتوقف البحث فى ان ماورد التخصيص على عمومات صحّة البيع باعتبار الكيل و الوزن فى المكيل والموزون هل هو يجرى فى جميع الموارد أو يؤخذ منه المقدار المتيقن فيتمسك فى البقية بالعمومات وكيف كان يختلف البحث فى المقام باختلاف مدرك الحكم .

أما اذا كان المدرك على اعتبار العلم بالمبيع هو دليل نفى الغرر

---

(١) وسائل : ج ١٢ ، ص ٢٥٧

فلابد وان ينظر اليه فان كان المستفاد منه أن الغرر علّة لبطلان البيع فيكون الحكم بالبطلان مختصّا بموارد الغرر الفعلى فيكون المنفى هو شخص الغرر وعليه فيصحّ بيع المكيل و الموزون جزافا اذا لم يكن فيه غرر كما اذا وضع مقدارا من الحنطة على احد طرفى الميزان و مقدارا من الارز فى الطرف الاخر فيبدل احدها بالاخر فانه لا غرر فيه قطعا وان كان مقدار العوضين مجهولا وكذا لو كان شيء من المكيل و الموزون لا يوزن فى الخارج اما لقلته كحبة من الحنطة ومقدار حمصة من الدهن وهكذا أو لثقله كزبر من الحديد فانه لا غرر فى أمثال ذلك مع كون مقدار المثمن مجهولا وهذا نظير كون الحرج والضرر مأخوذ اين فى الاحكام الحرجية بعنوان العلة فانه يكون الحكم بها تابعا لوجود الموضوع الشخصى فلا يرتفع فى غيره المنتفى عنه الحرج و الضرر.

وان كان المستفاد من دليل نفى الغرر كونه حكمة للحكم بالبطلان فيكون باطلا فى الموارد المذكورة و ان لم يكن فيها غرر شخصى فانه لوحظ فى المبيع بعنوان الحكمة للحكم فلا يلزم وجودها فى جميع الموارد ككون اختلاط المياه حكمة لتشريع العدة وتأفن الابطين حكمة لتشريع وجوب غسل الجمعة وكون المشقة حكمة فى عدم وجوب السواك وكون الحرج حكمة فى عدم جعل النجاسة على الحديد فان هذه الامور باجمعها لوحظت حكمة للتشريع فلا يلزم وجودها فى جميع الموارد وفى المقام أن نفى الغرر حكمة لحكم الشارع ببطلان المعاملة التى كان العوضين فيها مجهولا ولكن اذا لم يكن غرر فى مورد او موارد كما تقدم مع جهالة العوضين فلا وجه للحكم بصحة المعاملة بل يحكم أيضا بالبطلان لعدم لزوم التسرية فى حكمة الاحكام.

و لکن الظاهر أن النزاع فی أن الغرر المنفی فی دلیل نفی الغرر شخصی أو نوعی لیس له منشأ اصلا فان هذا النزاع انما یجری فیما اذا کان ذلک العنوان المتنازع فیه متعلقا للحکم وموقوفا علیه فی لسان الادلة من غیر أن یکون لنفس العنوان المذکور فیها موضوعیة للحکم و هذا کثبوت الحرمة للخمر فانه لیس لعنوان الخمر موضوعیة لثبوت الحکم له بحیث یدور الحکم مدار صدق الاسم حتی لوکان الحبر مسمی بالخمر فتشمل علیه أدلة حرمة الخمر وانما التحریم ثبت لها لکونها مسکرة کما فی عدة من الروایات الدالة علی أن الخمر انما حرمت لعاقبتها ولا سکارها لا لاسمها وماکانت عاقبته عاقبة الخمر فهو حرام وعلی هذا فیصح البحث فی أن الاسکار حکمة أو علة و هکذا فی کل مورد علّل ثبوت الحکم بشیء آخر کجعل العدة المعلل باختلاط المیاه ونحوه ·

وأما فیما یکون العنوان المأخوذ فی الأدلة بنفسه موضوعا للحکم فلامجال للنزاع المذکور ومقامنا من هذا القبیل فان عنوان الغرر کعنوان الضرر و الحرج بنفسه موضوع للحکم ببطلان المعاملة الغرریة فیکون نظیر العلّة من حیث دوران الحکم مداره وجودا و عدما علی نحو القضیة الحقیقیة ففی کل مورد ثبت الغرر فیوجب بطلان البیع والاّ فلا ، فان عنوان الغرر مأخوذ فی النبوی بعنوان القضیة الحقیقیة فیکون صدقها تابعا بتحقق الغرر الشخصی فی الخارج فلامجال لتوهم بطلان البیع فیما اذا کان العوضین أو أحدهما مجهولا ولکن لم یکن فیه غرر کما فی الموارد التی ذکرناها ·

فهل یتوهم فقیه او متفقه بل عوام انه اذا کان التوضی حرجا علی جمیع الناس لبرودة الهواء الاّ لشخص واحد لحرارة مزاجه فیکون وجوب الوضوء مرتفعا عنه لکونه حرجا علی نوع الناس و لیس کذلک قطعا وکذلک المقام وهذا میزان کلیّ و قد ذکرنا هذه الکبری الکلیة فی غیر موارد البحث عن الحکمة و العلة و عدمها فی

غير واحد من المباحث.

وأما اذا كان المدرك هى الأخبار الوارد فى اعتبار الكيل فى الثمن فليس فيها لفظ الغرر حتى نتكلم فى ذلك كدليل نفى الغرر بل لسانها اعتبار الكيل والوزن فى المكيل والموزون وهل تدل على اعتبار الكيل فى المكيل و الموزون مطلقا ، و ان كان الجهل لا يوجب الغرر فى بعض الموارد كما اذا كان للمتبايعين حدس قوىّ يعيّنان مقدار المكيل والموزون بالتخمين بحيث لا يتخلف الا نادرا وبالمقدار القليل أو كان مقدار واحد منهما يساوى الاخر فى المقدار ولكن لا يعلمان مقدارهما الواقعى أو كان قليلا بحيث لا يعد فى العرف من المكيل والموزون أصلا كحبة من الحنطة أومقدار قليل من الدهن أو كان ثقيلا لا يمكن وزنه كزبر من الحديد .

أو أنه لا يعتبر الكيل والوزن الا فيما كانت الجهالة موجبة للغرر أو يفصّل بينما كان التقدير على نحو يكون معينا لمقدار المبيع فيلتزم بصحته بينما لا يكون كذلك فيلتزم بالفساد الظاهر هو الثانى وتوضيح ذلك أنه لم يرد فى تلك الروايات لفظ الغرر حتى نتكلم فى أنه بأى كيفية حتى نبحث فيه كما عرفت. بل هى دالة على اعتبار الكيل والوزن فى المكيل و الموزون وعلى هذا فلا يصحّ بيع مقدار من المكيل بمقدار آخر منه يساويه ، اذ المستفاد أنه لابد من معرفة مقدار المكيل والموزون سواء كانت الجهالة موجبة للغرر أم لا ، فانه لم يرد فيها لفظ الغرر لنبحث عنه .

و أما اذا عينا العوضين بالحدس القوى والتخمين الذى لا يتخلف الاّ قليل فيصح البيع ، ح فانه من مصاديق الكيل و الوزن فان اعتبارهما ليس من جهة أن لهما موضوعية ، بل من جهة كونهما طريقا الى الواقع و الى تعيين مقدار العوضين و الحدس القوى أيضا مما يعين المقدار كالكيل

والوزن وعلى هذا فيلتزم بصحة البيع بالتخمين وهذا نظير اخبار البينة على ان هذا المتاع قد كيل أو وزن فهل يتوهم أحد بعدم اعتبار ذلك من جهة عدم تحقق الكيل والوزن فيتمسك بالعمومات الدالة على صحة المعاملة

وأما الاشياء التى لا يعد فى العرف من المكيل والموزون فالظاهر عدم اعتبار الكيل والوزن فيها لخروجها عن المكيل والموزون تخصصا فى نظر العرف فان الاخبار لا تدل الاّ على اعتبار الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون لا على اعتبارهما فى جنس المكيل والموزون كما فى الربا ، و من الواضح أن الامور المذكورة ليست من المكيل والموزون فى نظر العرف. بل من جنسهما فلا تشملها تلك الادلة واذن يفرق بين المقام وبين جريان الربا فى المكيل والموزون فان ادلة حرمة الربا تدل على جريانه فى جنس المكيل والموزون سواء كان قليلا أو كثيرا و موزونا فى نظر العرف أم لم يكن كذلك كما هو واضح لا يخفى.

و من هذا القبيل النقود الرائجة فعلا فانها وان كانت من جنس الموزون ويجرى فيه الربا ولكن لا يعتبر فيها الوزن فى مقام المعاملة ، بل هى من المعدود كما هو واضح.

و يؤيده بل يدل عليه أنه لو باع أحد ماله بدرهم فظهر أنه ناقص من سائر الدراهم بحبّة أو حبتين فلا يبطل البيع لاجل جهالة الثمن و لا أنه يقسط المبيع ويلتزم بالصحة بما قابل الدرهم و بالفساد بالمقدار الناقص كما أن المعاملة بالدنانير الفعلية التى من القرطاس صحيحة وان كان بعضها ممزّقا ما لم يضر بالرواج فلا يشك أحد أن المزق عيب فيه فيعلم من جميع ذلك ان النظر فى النقود والاثمان الى الرواج لا الى واقعها و أنها من أى جنس بل يكون للبايع تبديل ذلك الدرهم بدرهم آخر لو كان

الثمن كلّي الدراهم ويكون له الخيار ومطالبة التفاوت اذا كان شخصيا بل السيرة القطعية قائمة على المعاملة بالنقود المسكوكة معاملة المعدودات، ولا يشك أحد في ذلك، بل لا يلتفتون اليه وكونها مكيلة أو موزونة، بل ولا يعلم الناس أجمع أو أكثرهم مقدار الدراهم المسكوكة الرائجة الا اذا كان بحسب الأصل مسكوكا على ميزان خاص و مشتهرا بين الناس كالقرانات السابقة في الايران وبالجملة لا نتحمل أن يشك أحد في كون الدراهم و الدنانير الرائجة من قبيل المعدودات ويدل على ماذكرناه من كون النقود من المعدودات صحيحة (١) ابن عبد الرحمن قال قلت لابي عبدالله (ع) أشتري الشيء بالدراهم فاعطي الناقص الحبة والحبتين قال لاحتى تبيّنه ثم قال الاّ أن يكون هذه الدراهم الاوضاحية التي تكون عدنا عددا .

فانها صريحة في كون الدراهم من المعدودات وأما النهي عن اعطاء الناقص فليس من جهة الجهالة، بل من جهة الغش وقد تقدم أنه حرام في المعاملات .

فتحصل من جميع ماذكرناه ان النقود المضروبة من الفلزات ليستمن الموزون، وان كانت من جنسها فلا يعتبر فيها الوزن ولا يضر الجهل بها بصحّة المعاملة ولا يقاس المقام بالربا فانه يجري في كل جنس يكون من المكيل و الموزون .

ثم أن الظاهر بل الواقع أنه لا يعتبر في الكيل والوزن المعتبرين في الروايات الاّ العلم بقدرهما اجمالا بحيث لا يكونان مجهولين بالكلية كبيع المكيل والموزون بالصخرة المجهولة فانه يبطل بحكم تلك الروايات

---

(١) وسائل : ج ١٢ ص ٤٧٣ ، حد ٧

لكونها مجهولة محضة فيكفى معرفة الوزن و الكيل اجمالا فى صحة المعاملة بحيث لا تكون المعاملة فى العرف مجهولة العوضين والوجه فى ذلك أنه لا نعلمه من ادعى حقيقة الاوزان و المكيال تفصيلا لعدم انضباتها فى الخارج تحقيقا حتى الاوزان الدارجة المضبوطة بالقرام والاوزان القديمة المضبوطة بالمثاقيل فانها تنتهى بالآخرة الى مرتبة مجهولة، بل لا يعلم بها اهل العرف على النحو المضبوطة قبل انتهائها الى الميزان الاصلى من القرام و المثقال حتى يكون مجهولا فى أصل المادة فان نوع اهل العرف لا يدرون أن الحقة أى مقدار وأن الكيلو أى مقدار، بل لا يلتفت كثيرون بالمثقال و القرام كما هو واضح، بل يستحيل معرفة الاوزان على التفصيل لعدم امكان معرفة حقائق الاشياء لغير علاّم الغيوب فالعلم بحقيقة الوزن على التفصيل يستلزم العلم بحقيقة الاشياء وقد قلنا أنه لا يمكن لغير علاّم الغيوب وهذا واضح جدا.

ثم انه اعتبار الوزن والكيل فى الروايات طريق الى معرفة المكيل و الموزون، فانه لا شبهة فى أنه لا موضوعية لهما قطعا و عليه فلابد وأن يكون كل من المتبايعين عالمين بالوزن الذى يوزن به المبيع ويعين حين اشتراك الاسم بكون المراد منه أى وزن فانه ربما يكون الاوزان المتعددة مسماة باسم واحد فيتخيل المشترى منه الوزن المنسوب الى فلان وكان نظر البايع الى غيره فيكون المبيع مجهولا فتبطل المعاملة للجهالة و مثاله أن ألحقة اسم للاوزان المتعددة فاذا كان نظر البايع الى حقة العطارى وهى حقة الاسلام بول وكان نظر المشترى الى حقة النجف فتعاملا على ذلك فتكون المعاملة باطلة بلا شبهة، وكذا المن فانه مشترك بين التبريز و الشاهى و النجف وغيرها فاذا باع منّا من الحنطة بدرهم و تخيل المشترى أنه من

النجف الذى ستت حقق وكان نظر البايع الى من التبريز مثلا فانه تبطل المعاملة للجهالة ، بل ربما كان لبلدة واحدة أو قرية واحدة وزن خاص فلابدّ من التعيين حتى لا تكون المعاملة مجهولة .

و بالجملة فالغرض من اعتبار الوزن و الكيل ليس مجرد وزن الموزون وكيل المكيل سواء علم المتبايعان بالحال أم لا ، اذ ليس لهما موضوعية أصلا ، بل الغرض معرفة مقدار الثمن و المثمن اذا كانا من المكيل والموزون و الوزن و الكيل طريقان الى الواقع وعلى هذا فالمناط فى صحة بيع المكيل والموزون معرفة مقدارهما الواقعى ، وعلى هذا فيصحّ بيعهما بغير الوزن و الكيل اذا علما بهما بغير الوزن و الكيل كالحدس القوى كماعرفت و يبطل البيع مع عدم العلم بالواقع حتى مع الوزن و الكيل اذا كانا مجهولين .

أما الكلام فى المعدود فالحكم فيه مثل الحكم فى المكيل والموزون ، بلا خلاف ظاهر كما فى المتن فلابد من اعتبار العدّ فحيث ان الغرض به معرفة مقدار المعدود فيكفى فيه غير العدّ أيضا من الكيل والوزن والحدس القوى الغير المتخلّف كثيرا ويدّل على اعتبار العدّ فى المعدود وقيام غيره مقامه خبر الجوز الاتى الذى ذكرناه فى اعتبار العلم بالمثمن أيضا ثم أنه لا يهمنّا التكلم فى ان الميزان فى المعدود و الموزون أى شيء لعدم انضباطه ولترتب الفائدة عليه ومع ذلك سيأتى الكلام عليه ، و الظاهر أنه أمر عرفى يختلف باختلافهم ومثل الباذنجان من المعدود كما فى بعض بلاد ايران ، ومن الموزون فى العراق ومثل البرتقال والليمو من الموزون فى بعض البلاد ومن المعدود فى بعضها الاخر وكذا الجوز وهكذا فلابدّ فى ذلك من الرجوع الى عرف المحل و البلد كما لا يخفى .

واما المزروع فان قلنا بأن الروايات التى اعتبر الكيل والوزن فى المكيل

و الموزون من جهة الطريق الى الواقع ولزوم تقديرين الثمن و المثمن فی المعاملة من غيرخصوصية فی المكيل و الموزون ولا فی التقديره بالكيل و الوزن كما هو الظاهر فنتعدى الى كل شیء ونحكم بلزوم تقديرفی المعاملة واذن فيجب تقدير المزروع بالزرع ونحوه ويدل على ذلك التقدير فی رواية الجوز(١) الاتية .

وان قلنا بانه لا يستفاد من تلك الروايات التعميم بل لا بد من الاقتصار بالمورد وأيضا لم يتم دليل نفی الغرر ولا الاجماع المدعی علی لزوم تقدير الثمن والمثمن كما لم يتم واذن جاز بيع المزروع بأی نحو كان سواء كان المقدار معلوما أم لا كما لا يخفی .

قوله : مسألة لو قلنا بأن المناط فی اعتبار تقدير المبيع فی المكيل و الموزون .

أقول : بعد ماعرفت اعتبار الكيل فی المكيل و اعتبار الوزن فی الموزون فيقع الكلام فی اجزاء كل منهما مكان الآخر وقيل بالجواز مطلقا وقيل بعدمه كذلك والثالث التفصيل وهو القول بجواز الكيل وزنا دون العكس و ليعلم أنه اذا كان المدرك هو دليل نفی الغرر فالمدار فی صحة المعاملة و فسادها هو الغرر وجودا وعدما فان كان هنا غرر فيكون موجبا للبطلان و الآ فلا ،ولا يفرق فی ذلك كون المبيع معلوما أو مجهولا كما هوواضح، فلا يقع الكلام فی كفاية كل من الوزن و الكيل فی مورد الاخر و اما الكلام فی المقام مع قطع النظر عن دليل الغرر وبلحاظ الاخبار الواردة فی اعتبار الكيل و الوزن فنقول أما القول بالجواز مطلقا نسب الى الشهيد فی سلم

---

(١) وسائل : ج ١٢ ،ص ٢٥٩

الدروس واستدل عليه برواية (١) وهب عن الصادق (ع) قال : لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن.

وفيه أولا : أن الرواية ضعيفة السند.

وثانيا : ماذكره المصنف وتبعه شيخنا الاستاذ من كون الرواية راجعة الى جعل ثمن المكيل موزنا وثمن الموزون مكيلا لا الى جريان كل منهما فى الاخر فلا يكون مدركا للجواز.

ثم انه لا شبهة فى ان لكل من الوزن والكيل دخلا فى مالية الاشياء المكيلة أو الموزونة وأن يختلف قيمة الاشياء باختلاف الوزن والكيل، وعليه فاذا كان لحجم الشيء دخل فى المالية لا يكفى الوزن عن الكيل، بل لا يعلم به أن مايكون ماليته بالكيل أى مقدار مثلا لوكان بيع الاجر بالكيل فيعلم أن المقدار الفلانى من الاجر له مالية كذا ولكن اذا وزن ولم يعلم انه أى مقدار من الوزن يساوى بذلك المقدار حتى يعلم أن لهذا المقدار من المالية وهذه الكبرى الكلية مستفادة من الاخبار الواردة فى اعتبار الكيل والوزن.

وربما يقال بجواز بيع كل منهما بالاخر لقوله (٢) (عليه السلام) : وما كان من طعام سميت فيه كيلا لا يجوز بيعه فى زقة فان بيع الكيل بالوزن ليس من بيع الجزاف لكون الوزن طريقا اليه بل هو الاصل فى تقدير الوزان.

وفيه قد عرفت أن للكيل والوزن دخلا فى مالية الاشياء فما كانت ماليته بالكيل لا يجوز بيعه بالوزن لعدم ارتفاع الجهالة به كما عرفت.

---

(١) وسائل : ج ١٣ ،ص ٦٣ ،باب ٧ ،حد ١

(٢) وسائل : ج ١٢ ،ص ٢٥٤ ،باب ٤ ،حد ٢

و قد یستدل علیه بموثقة (١) سماعة قال سألته عن شراء الطعام و ما یکال ویوزن بغیر کیل ولا وزن ، فقال : أما أن تأتی رجلا فی طعام قد کیل ووزن تشتری منه مرابحة فلا بأس ان اشتریته منه ، ولم تکله ولم تزنه اذا کان المشتری الاول قد أخذه بکیل أو وزن وقلت له عند البیع انی اربحک کذا وکذا وقد رضیت بکیلک ووزنک فلا بأس .

وفیه انه لا دلالة فی الروایة علی ذلک ، فان الظاهر من الروایة أن اتیان الکیل والوزن علی سبیل اللّف والنّشر وکان نظر الامام (ع) الی اعتبار کل من الوزن و الکیل فی کلّ من الوزن والکیل ولیس نظره (ع) الی کفایة کل منهما عن الاخر ویؤید ذلک التعبیر بلفظ أو فی ذیل الروایة فیکون الظاهر من الروایة أن کلّ من الکیل و الوزن معتبر فی کل من المکیل و الموزون فمفهوم القضیة الشرطیة أنه اذا لم تشتر المکیل بکیل والموزون بالوزن فیکون باطلا فاطلاق المفهوم شامل لبیع المکیل بالوزن و بیع الموزون بالکیل فیحکم بعدم الجواز ویقرّب ماذکرناه من اللّف والنّشر أنه (ع) عطف الوزن علی الکیل بقوله (علیه السلام) فی طعام قد کیل ووزن اذ لیس من المحتمل اعتبارهما معا فی المکیل والموزون .

و بالجملة الظاهر من الروایة أن الوزن و الکیل کل منهما دخیل فی مالیة المکیل و الموزون فلا یکفی الکیل بالوزن و کذلک العکس .

و أما القول بالتفصیل فاختاره المصنف (ره) وقال : بکفایة الوزن فی المکیل و بعدم کفایة الکیل فی الموزون بدعوی أن الوزن أصل الکیل و اضبط وانما عدل الیه فی المکیلات تسهیلا فلامانع من القول بکفایة الوزن

---

(١) وسائل : ج ١٢ ، ص ٢٥٧ ، حد ٧

عن الكيل بخلاف العكس لكونه فرعا على الوزن .

و فيه قد عرفت أن الظاهر من الموثقة هو اعتبار كل من الوزن والكيل في المكيل و الموزون على سبيل اللّف و النّشر وأن كل منهما على نحو الاستقلال دخيل في مالية كل من المكيل والموزون بحيث ربما تضطرب مالية المكيل بانعدام الكيل وان كان يوزن بالوزن كما مرّ في مثال الاجر وكذلك العكس وليس كل مايكال يكون معلوم المالية بالوزن عند العرف ، وكذا العكس .

وماذكره من أن الاصل في تعيين مقادير الاشياء هو الوزن و انما جعل الكيل طريقا اليه تسهيلا فهو كذلك ، ولكن لا يعلم أنه أي وزن كان أصلا وأن كيل كان طريقا له مع اختلاف الاوزان باختلاف الممالك و البلاد بل في بلدة واحدة أوزان مختلفة فاذا فرضنا أن متاعا يباع بالكيل فقط و يعلم حجمه و مقدار ماليته تفصيلا بحيث لا يتلفت اليه العرف الآ بالكيل و اذا بيع بالوزن لكونه أصلا في تعيين المقدار فلا يعلم أن أي مقدار من المتاع وقع مقابل أي مقدار من الثمن مثلا اذا فرضنا أن أحدا باع دارا بالوزن بمعنى أنه باع الاجر والجص بوزن معين أن يجعل هذا المقدار دارا بمبلغ معيّن الى أن يخلص هذا المقدار مع أنه لا يعلم المشتري أي مقدار من المثمن قد حصله فانه لا يدري أن هذا المصاح تصير قبةأوقبتين وهكذا في كل مورد اعتبر المبيع بالكيل فباعه البايع بالوزن ويصحّ ما ذكرناه بملاحظة ماوقع الاختلاف الكثر في الأوزان بحيث من جرّب يعلم أن وزن بقالين لا يتساويان وعلى هذا فالقول بعدم الجواز مطلقا أوجه الآ أن يكون الكيل طريقا الى الوزن فحينئذ يتجّه كلام المصنف بان كان الوزن صعبا خصوصا في الموازين القديمة فح يوزن كيل واحد ويحاسب الباقي

على حسابه ويدل على ذلك رواية (١) عبد الملك بن عمرو قال: قلت لابى عبدالله (ع) اشترى مأة راوية من زيت، فاعترض راوية أو اثنين فانتزنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك، قال لا بأس فانه يجعل الوزن ح طريقا الى الكيل مع العلم بأن الكيل أى مقدار من الوزن فلايقاس ذلك بغيرماجعل الكيل طريقا ففى هنا يتجّه ماذكره من ان الوزن أصل فى تعيين المقادير كما لا يخفى.

فانه ح يحصل الاطمئنان بالمقدار نظير تعيين المبيع بالحدس القوى أو بالبينة أو تصديق البايع فى اخباره عن الكيل والوزن فان فى ذلك كله يحصل الاطمئنان بالواقع وبمقدار المثمن.

وعلى هذا فلايفرق فيما يظهر التفاوت بما يتسامح أو بما لا يتسامح فان فى كلا الموردين قد حصل الاطمئنان بالمقدار ويجعل الكيل طريقا الى التعيين غاية الامر فاذا ظهر التفاوت بما لا يتسامح كأن ظهر فى مأة راوية التى مائة امنان مثلا التفاوت بعشرة امنان فيكون للمشترى الخيار.

ومن هنا ظهر أنه لاوجه لما اشكل به شيخنا الاستاذ على المصنف حيث قال وأما اذا لم يكن طريقا مضبوطا اليه بل يتخلّف بما لا يتسامح فيه فلا معنى لجواز جعله طريقا والبناء على ذلك المقدار لأن البناء عليه لا يخرجه عن الجهالة والاّ لصح بيع الموزون مشاهدة مع البناء على أنه مقدار خاصّ وحاصل الكلام أن نيّة كون شىء طريقا أو لحاظ كونه أصلا أو البناء على كونه مقدّرا بمقدار خاصّ ونحو ذلك من الامور البنائية والقلبيــة لا أساس لها فى باب المعاملات.

---

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٥، باب ٥، حد ١

ووجه الضعف أنه ليس كون الكيل طريقا الى الوزن مع الاطمئنان بالمقدار المعين الواقعي سواء ظهر فيه تفاوت بما يتسامح أو بمالا يتسامح من قبيل مجرّد البناء على ذلك المقدار فليس لهذا الاشكال وجه اصلا .

قوله : ثم انه قد علم مما ذكرناه أنه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الاخر كالحقة والرطل و الوزنة باصطلاح أهل العراق الذي لا يعرفه غيرهم خصوصا الاعاجم غير جايز .

أقول : حاصل ماذكره أنه لو كان الوزن أو الكيل معلوما عند أحد المتعاملين دون الاخر كالحقة والرطل و المن والوزنة باصطلاح أهل العراق مع عدم معرفة غيرهم بها خصوصا الاعاجم فهو غير جائز فانه لا يصدق في العيار مجرد صدق أحد هذه العناوين عليه فان ذلك ليس الا كوضع الصخرة الغير المعلومة على الميزان و الوزن لها .

أقول : الظاهر أنه غير تمام لماذكرناه سابقا من كفاية العلم الاجمالي بالوزن ولو بمشاهدته أن هذا حقة أو وزنة أو غيرهما وأن كل حقة من الارز مثلا بقيمة كذا بحيث يرى المشتري ذلك ويعامل على طبق هذا الموجود الخارجي بحيث يصدق أن بيع هذا الطعام ليس بمجازفة ، بل بيع بالوزن أو الكيل وان لم يعلم أحدهما مقدار الوزن تحقيقا و على جرت السيرة القطعية حيث يرد المسافر على بلد وشرى منهم المتاع من غير معرفة مقدار وزنهم تفصيلا بل يعلم اجمالا ان هذا الوزن المشاهد مقابلة من المتاع بقيمة كذا وهكذا بل لا يعرف الموازين تفصيلا حتى مرتبة نازلة من التفصيل الحقيقي بحيث يكون فيه تسامح قليل شخص البلدي ، بل شخص من بيده الميزان فان البقال يعرف أن هذه وقعية أو حقة أو وزنة وأما أن كل منها أيّ مقدار من المثقال أو القرام فلا يعرفه هو أيضا ، بل لو عرفه و بالاخرة

يصل الى مرتبة لا يعلم أنه أی مقدار كالمثقال و القرام ·

و بالجملة لا وجه لما قاله المصنف من عدم كفاية الوزن مع علم أحدهما دون الاخر كاوزان العراق وعلى هذا فيصح معاملة الزوار الذين يجئون الاعتبات المقدسة ويعاملون مع أهلهم باوزان لا يعرفون مقدارها ·

نعم قد تقدم سابقا بطلان المعاملة فی صورة واحدة وهو أن يبيع كليّا مثلا من الحنطة ونحوه على حساب كل من بدرهم أو كل حقة بدرهم فلا يعرف من الوزن الآ اسمه فقط. من غير علم به بالمشاهدة ونحوها فتكون باطلة لكونها معاملة جزافية وهذا غير ماذكرناه ·

وبالجملة المدار فی صحة بيع الموزون والمكيل الذی فرضنا من الرواية هو صدق البيع بالوزن أو الكيل بحيث يعرف كل منهما أنه كيل أو وزن وأما معرفتهما تفصيلا فليس لها فی الروايات عين ولا أثر كما هو واضح ، فافهم ·

وأما المعدود فالكلام فيه بعينه مثل كلام فی المكيل والموزون فبالنسبة الى أصل اعتبار العدد فی المعدود قد تقدم الكلام فيه وقلنا أن صحيحة الحلبی (١) عن ابی عبد الله (ع) يدل على ذلك حيث سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعده فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقی على حساب ذلك العدد قال لا بأس به. فان الظاهر منها أن اعتبار العدد فی المعدود مفروغ عنه وانما سأل السائل عن كون الكيل طريقا اليه أو انه لا يكال ، بل للعدّ موضوعية فی المعدود وأيضا يدل بالتقرير على جواز كيل المعدود وبيعه ووزنه وليس للعدّ موضوعية فی ذلك وهذا لا اشكال فيه أيضا ·

و لكن بقی فی الرواية شیء وهو ان التقرير لكفاية الكيل عن العدّ و

---

(١) وسائل : ج ١٢ ، ص ٢٥٩

ان كان مسلما ولكن الظاهر من الرواية اختصاصه بصورة الاضطرار ، حيث سئل السائل عن ذلك عند عدم الاستطاعة فلا يجوز في غير حال الضرورة .

و فيه أن الرواية وتقريره(ع) غير متوجة الى فرض القدرة من العدد فانه ليس مفروض السائل فانه مع التمكن لم يكن له داعى لبيع المعدود بالكيل ،بل كان يبيعه بالعدّ ولذا سأل عن صورة عدم القدرة و هذا لا يدل ان بيع المعدود بالكيل أو الوزن لا يجوز ،بل يجوز مع كونه طريقا اليه كما هو واضح للعلم بان الكيل والوزن والعدّ ليس لها موضوعية بحيث لو اخبر المعصوم به او قامت البينة على التعيين أو علما بالحدس القوى لكان باطلا وعلى هذا فتمسك بالعمومات في غير ما لم يثبت فيه قيد خاص هذا فيما كان الكيل أو الوزن طريقا الى المعدود واما كفاية كل منهما عن الاخر استقلالا فذكر المصنف أنه لا يجوز في الكيل بان يبيع المعدود بالكيل و يكفى ذلك عن العدّ واما الوزن فالظاهر كفايته ولم يبين وجه الفرق بينها غير أنه نقل عن ظاهر قولهم في السلم انه لا يكفى العدّ في المعدودات .

الظاهر انه لاوجه في ذلك الفرق فانك قدعرفت أن الظاهر من موثقة سماعة اعتبار كل ما يعتبر ماليته بالوزن أو الكيل وهكذا العدّ لا يجوزبيعه بغيره فانه من قبيل البيع مجازفة اذ لا يعلم أن مقدار ماليته التى اعتبر عليها البيع أى شيء ،بل ربما لا يعتبرون البيع مع الجهل بالمالية فان المستفاد من الروايات الدالة على اعتبار الكيل في المكيل والوزن في الموزون والعدّ في المعدود هو ذلك ،وانما قلنا بكفاية كل منهما عن الاخر في صورة الطريقية لكونه موجبا لتعيين المالية ،وبالجملة وانا قلنا أنه ليس لشيء منهما موضوعية بل كل منهما طريق الى الواقع ولكن المناط كون المالية معلومة والاّ فلا يجوز ولذا لا يجوّز كفاية كل منهما عن الاخر استقلالا كما

هو واضح ،وعلى هذا فلا وجه لتجويز بيع المعدود بالوزن استقلالا ، و الحاصل ان كان هنا طريقية فالمناط جواز بيع المعدود بكل ما يكون طريقا اليه فلاوجه للاختصاص بالوزن والآ فلا يجوز أيضا مطلقا فلا وجه لاختصاص الكيل بالمنع فافهم .

قوله : بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشئ مكيلا أو موزونا .

أقول : ذكر المشهور أن المدار فى كون الشئ مكيلا أو موزونا ماهو المتعارف فى زمان الشارع،فان ماكان مكيلا فى زمانه فمكيل الى يوم القيامة وماكان موزونا فى زمانه فموزون الى يوم القيامة وكذلك المعدود .

وأما الاشياء التى لم تكن فى زمانه من قبيل المكيل و الموزون ، أو المعدود فللمدار فيها ما هو المتعارف فى العرف العام ، و الآ فما هو المتعارف فى كل بلد،وذكروا ذلك أيضا فى بيان الجنس الربوى .

و لكن القول بهذا الرأى وحمل الاخبار الواردة فى المسألة عليه يستلزم الالتزام بامر مستحيل فانه اذا كان المدار فى كون الشئ مكيلا أو موزونا أو معدودا هو زمان الشارع وزمان الائمة (ع) كانت القضية خارجية ، وعليهفما يتعارف كيله أو وزنه فى ذلك الزمان لايدخل تحت أحد العناوين الى يوم القيامة .

واذا كان المدار فيها متعارف كل زمان ،بل كل بلد من غير توجه الى ماهو المتعارف فى زمان الشارع كانت القضية حقيقية وعليه فما هومكيل فى زمان الشارع يمكن ان يكون موزونا فى زمان آخر و بالعكس ،بلقد يكون معدودا وعلى هذا فعرف كل زمان هو الميزان فى تعيين المكيل والموزون والمعدود .

و الجمع بين الامرين فى انشاء واحد مستحيلفانّ النظر فى القضية

الخارجية الى دخل الخصوصيات الخارجية فى الانشاء وعدم كونه على نحو الاطلاق ولا بشرط والنظر فى القضية الحقيقية الى فرض الموضوع مفروض الوجود وجعل الحكم عليه من غير أن تكون الخصوصيات الخارجية دخيلة فى الجعل والانشاء ،فحمل الروايات على ماذكره المشهور حمل على أمر محال كما لا يخفى .

بل ،الظاهر منها هو الثانى وأنها كسائرالقضايا ليست الا حقيقية و تخصيصها بالقضية الخارجية يحتاج الى عناية زائدة فظهور الروايات يدفعها وعليه فالميزان فى المكيل و الموزون و المعدود هو العرف فى كل زمان الاّ اذا قام اجماع أو ورد نص خاص على اعتبار الكيل مثلا فى جنس خاص كما ورد النص بجريان الربا فى الدراهم والدنانير مطلقا وان كانتا من المعدودات فلو باع احد درهما بدرهمين فتكون المعاملة ربوية مع أن الدراهم من المعدودات فى زماننا بل فى كل زمان كما دلّت عليه رواية ابن عبدالرحمن المتقدمة (١) .

و بالجملة أن الظاهر من قوله(٢) (ع) ماكان من طعام سميّت فيه كيلا فلا يصلح مجازفة وكذا غيره من الروايات الدالة على اعتبار الكيل والوزن فى المكيل والموزون هو كون القضية حقيقية بحيث يكون الميزان كون الشيء مكيلا أو موزونا فى أى زمان كان .

و الحاصل من أول المسألة المشهور بين الفقهاء أن العبرة فى التقدير بزمان النبى (ص) فما كان مكيلا أو موزونا فيلحق بهما حكمهما الى

---

(١) وسائل: ج ١٢ ،صفحة ٤٧٣ ،حد ٧

(٢) وسائل: ج ١٢ ،صفحة ٢٥٤ ،حد

يوم القيامة وما لم يتعارف وزنه أو كيله فى زمانه(ص) فالعبرةفيه بما اتفق عليه البلاد وان لم يتفق عليه البلاد فالعبرةفيه بما تعارف فى كل بلدة بالنسبة الى نفسها ٠

وقد ذكرنا أن هذا الذى ذكره المشهور مشكل ،بل مستحيل فان الالتزام بأن ما تعارف فى زمان النبى (ص) كونه مكيلا أو موزوناكك الىالأبد سواء خرج عن كونهما مكيلا أو موزونا أم لا ، يقتضى كون القضية خارجية ثم الالتزام فيما لم يتعارف وزنه أو كيله فى ذلك الزمان بكون الميزان فيما العرف العام أو العرف الخاص يقتضى كون القضية حقيقية فهما لا يجتمعان فى انشاء واحد فان النظر فى القضية الخارجية الى الأفراد الخارجية فقط ، و ثبوت الحكم لها الى الأبد أى مادام موجودا وفى القضية الحقيقية الى وجود الموضوع مطلقا وكونه مفروض الوجود بحيث أنه فى أىزمان تحققوصدق عليه حكمه وفى أى زمان خرج عن كونه مكيلا أو موزونا يرتفععنه الحكم سواء كان مكيلا فى زمان الشارعأم لم يكن كما اذا ثبت وجوب الاكرام علىالعلماء فانه يدور مدار صدق موضوعفى أى زمان وجودا و عدما فلوكان شخصعالما ثم نسى علمه يرتفع عنه وجوب الاكرام ٠

وعلى هذا فلا مناص عن حمل الروايات الواردة فى المسألةأما على القضية الحقيقية أو على القضية الخارجية ،ولكن الظاهر منها كون القضية الحقيقية اذ لاخصوصية للاشياء التى كانت مكيلا أو موزونا فى زمان النبى (ص) أو زمان الائمة (ع) وانما النظر فيها الى بيان حكم كلما يتعارف فيه الكيل والوزن ويدّل على ذلك قوله(ع) وما من طعام سميّت فيه كيلا أو وزنا لايجوز بيعه مجازفة ،وعليه ما تعارف كيله أو وزنه فى زمان الشارعان بقى على حاله فلحقه حكمه والاّ فالمتبع فيه حكم ما صدق عليه العنوان فيكل زمان

بل فی کل بلد فلوکان الشیء مکیلا أو موزونا فی بلد و معدودا فی بلد آخر فلحقه فی کل بلد حکمه علی النحو المتعارف، نعم لو کان هنا نص أو اجماع تعبدی مصطلح لیکون کاشفا عن رأی المعصوم علی مقالة المشهور فیلتزم به کما ورد النص بکون الدراهم و الدنانیر ربویّا مطلقا ولکن الأمر لیس کذلک أما النص فمعدوم وأما الاجماع فغیر متحقق فان اغلب القائلین بذلک، بل کلهم عللوا کلامهم بانصراف الادلة والروایات المتقدمة الی زمان من صدر منه الحکم ولا یشمل غیر زمانه فکشف الاجماع التعبدی من مثل هذه الکلمات من الأمور الصعبة.

فتحصل ان المیزان فی کون الشیء مکیلا أو موزونا هو ما صدق علیه المکیل و الموزون فی أی زمان کان فانه ح لحقه حکمه.

و من هنا ظهر أنه لو عاملا فی بلد وکان المبیع فی بلد آخر فالعبرة ببلد فیه وجود المبیع کما ذکره المصنف لصدق عنوان المکیل أو الموزون أو المعدود علیه فلحقه حکمه.

و لو تعاقدا فی الصحراء رجعا الی حکم بلدهما، ولو تعاملا فی البر بین البلدین واختلف عرفهما فی کون ذلک الشیء من المکیل أو الموزون وشک فی لحوقه بهما فیرجع الی عمومات صحة العقد فان المقدار الثابت من المخصص انما کان مکیلا أو موزونا أو معدودا لا یجوز بیعه مجازفة وهذا المتاع الموجود فی الصحراء لیس بمکیل قطعا لعدم لحوقه باحدی البلدین کما یکفی فی عدم المکیلة عدم اللحوق و علی هذا فیتمسک بالعمومات فیحکم بصحة المعاملة علیه مجازفة فلا یکون من قبیل التمسک بالعام فی الشبهة المصداقیة لعدم کون الشک فی کونه مکیلا أو موزونا وانما الشک فی اعتبار الشارع الکیل هنا والا فهو لیس بمکیل قطعا کما عرفت.

الكلام فى الاعتماد باخبار البايع بقدر المثمن

قوله: مسألة: لو أخبر البايع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه.

أقول: تحقيق المسألة فى ضمن جهات الاولى، أنه لا شبهة فى جواز الاعتماد على اخبار البايع فى مقدار المبيع كيلا أو وزنا، بل فى بعض الكلمات دعوى الاجماع عليه وقد وردت عليه أخبار عديدة كما عرفت، ولا ينافيه ما تقدم فى صحيحة (١) الحلبى (فى رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم وأن صاحبه قال للمشترى اتبع منع هذا العدل الاخر بغير كيل فان فيه مثل الاخر الذى اتبعت، قال لا يصلح الا بكيل، قال وماكان من طعام سمّيت فيه كيلا، فانه لا يصلح مجازفة) لأن اخبار البايع فى الرواية كان مستندا الى الحدس دون الحسّ بالكيل والاخبار عنه وقد حملها المصنف على وجه آخر وقدعرفت عدم صحته، والحاصل أن أصل الحكم ممالا ريب فيه.

الجهة الثانية أن الظاهر من الروايات الدالة على جواز تصديق البايع فى أخباره بالكيل أو الوزن هو كون الاخبار طريقا الى الواقع بحيث يحصل الاطمئنان أو الظن المعتبر بكونه مكيلا أو موزونا ويدل على ذلك رواية (٢) أبى العطارد وفيها قلت فأخرج الكر والكرين، فيقول الرجل أعطيته بكيلك فقال اذا ائتمنك فلا بأس.

ومرسلة (٣) ابن بكير فى رجل سأل أباعبد الله (ع) عن الرجل يشترى

---

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٤

(٢) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٧، حد ٦

(٣) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٦، حد ٣

الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل فقال(ع) :اما أن يأخذ كله بتصديقه واما أن يكيله كله ٠

و الروايتان وان كانتا ضعيفتين من حيث السند ولكن لا بأس بهما في مقام التأييد ، على أنه لو لم يكن اخبار البايع هنا من باب الطريقية فلابد وأن يكون مأخوذا اما من باب الموضوعية أو على نحو الاشتراط بأن كان اخباره بالمقدار شرطا في البيع بحيث لو لم يكن كذلك يكون المشترى مختار في الفسخ والامضاء أما الاول فهو بعيد جدا فان لازمه صحة البيع بمجرّد الاخبار بقدر الثمن وان كان المخبر ممن لا وثوق في اخباره أصلا بحيث لا يرفع اخبار الجهالة عن المبيع ولا يخرج البيع عن الجزافية مع أنه لا يمكن الالتزام به ٠

وأما الثاني فلأنه لو كان الاشتراط رافعا للجهالة ومصححا للبيع و موجبا لخروجه عن الجزافية لكان صحيحا بدون الاخبار بأن اشتراط أنه لو كان المبيع أقل من المقدار المعين كان المشترى مختارا في الفسخ والامضاء وأيضا لا يمكن الالتزام به فان اطلاقات الروايات بطلان بيع الجزاف مع الاشتراط وعدمه كما لا يخفى و اذا فلابد من اخذ الاخبار طريقا الى بيان مقدار المبيع بحيث يكون رافعا للجهالة و الغرر والاّ فيبطل لكونه بيع جزافي و قد تقدم أن ما كان مكيلا أو موزونا فلا يصحّ بيعه جزافا ٠

الجهة الثالثة : ما تبين الخلاف في المبيع اما بالنقيصة أو بالزيادة فهل يحكم بالبطلان كما احتمله في جامع المقاصد فيما باعه ثوبا على أنه كتان فبان قطنا ثم رده أو يكون البيع صحيحا ويثبت الخيار للمشروط له ففي المقام جهات من البحث :

الجهة الاولى : في صحة المعاملة وبطلانها وقد اختار المصنف

الصحة مع الخيار، وتوضيح ذلك أنا قد ذكرنا مرارا عديدة أن الهيولا سواء كانت أولية أو ثانوية فى مقابل الهيولى الاولى فتشمل الثالثة و ما فوقها نظير المقولات الثانوية المقابلة للمقولات الأولوية ليست لها قيمة أصلا و انما هى بالنسبة الى جميع الاشياء حتى التراب متساوية الأقدام، بل القيمة للاشياء بحسب أوصافها الموجبة للمالية و ان كان نفس الاوصاف لا تقابل بالمال، وانما هى واسطة لثبوت المالية على المواد والهيولى وعلى هذا فاذا تخلفت الاوصاف فى المبيع فان كانت من الاوصاف المقوّمة المعدودة فى نظر العرف من الصور النوعية سواء كانت بالدقة أيضا من الصور النوعية أم لا. فيكون البيع باطلا فان ما هو الموجود فى الخارج لم يبع وما هومبيع غير موجود فى الخارج كما اذا باع انسانا فبان فرس أو باع عبدا فبان أنه أنثى فان ما هو عنوان للمبيع و مقوّم له فى نظر العقل فى المثال الاول و فى نظر العرف فى المثال الثانى قد تخلف عن المبيع فيكون البيع باطلا و هكذا فى جميع موارد تخلّف العنوان عن المعنون ولو فى نظر العرف فانهم يرون العبد مع الأمة جنسا مختلفا وان كانا فى الحقيقة جنسا واحدا، فان الرجولة والانوثة من العوارض والعناوين الغير المقومة فى نظر العقل، و لكنها من العناوين المقومة فى نظر العرف.

وأما اذا كانت الاوصاف من العناوين الغير المقومة فى نظر العرف، كوصف الكتابة والخياطة والنجارة فى العبد فلايكون تخلّفها موجبا لبطلان البيع ومن قبيل تخلف العنوان عن المعنون فيكون البيع صحيحا مع الخيار و فى المقام أن المبيع وان كان خمسة أمنان من الحنطة فظهر أنه ثلاثة امنان ولكن عنوان الخمسة ليس من العناوين المقومة بحيث يفوت المبيع بالكلية بانقضائه، بل المبيع الذى وقع عليه البيع موجودا وانما انتفى عنه

وصف انضمامه بالمقدار الزائد ،فيكون البيع فى الحقيقة منحلا الى بيوع متعددة فان معنى بعتك هذه الحنطة التى عشرة أمنان بعشرة دراهم أن كل منّ منها بدرهم غاية الأمر أن كل بيع مشروط بانضمامه الى البيع الاخر فاذا ظهرت الحنطة خمسة فيكون البيع بالنسبة الى الخمسة باطلة لما تقدم ،وبالنسبة الى الخمسة الموجودة صحيحة مع خيار تخلف الوصف و الشرط أى عنوان الانضمام ·

و بالجملة أن احتمال البطلان هنا فاسد وقياس المقام بباب تخلف العنوان عن المعنون قياس مع الفارق ·

الجهة الثانية :فى أن الخيار الثابت هنا للمشترى أو للبايع هل هو خيار تخلّف الوصف اعنى ماذكرناه من انضمام هذا البيع ببيع الزائد عن المبيع الموجود أو خيار آخر كخيار الغبن و العيب مثلا ·

عبر العلامة فى القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبايع مع الزيادة ،و للمشترى مع النقيصة بقوله تخير المغبون و تخيل بعض تبعا لبعض الاخر أن هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء معللا بأن خيار الوصف انما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف فى العقد ·

واشكل عليه المصنف باندفاعه بتصريح العلامة فى هذه المسألة من التذكرة بأنه لو ظهر النقصان رجع المشترى بالناقص و فى باب الصرف من القواعد بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر البايع تخير المشترى بين الفسخ و الامضاء بحصة معينة من الثمن ·

و أما التعبير بلفظ المغبون ليس من جهة كون النقص أو الزيادة غبنا لهما اصطلاحا فانه عبارة عن التفاوت فى القيمة السوقية ،بل من جهة ارادة النقص و التضرر وان الخيار ثابت لمن نقص من مالية ماله وحصل

له الضرر فى هذا البيع لأجل الزيادة أو النقيصة .

وبعبارة أخرى أن غرض العلامة من هذا التعبير تعميم الخيار لكل من البايع فى صورة الزيادة والمشترى فى صورة النقيصة والمجوّز لهذا الاطلاق هو الاعتبار بنقص مالية ماله فى المعاملة و حصول الضرر لهما و الاّ فالخيار من جهة تخلّف الوصف فقط فيكون الخيار خيار تخلف الوصف و الشرط الضمنى .

و أما ما ذكره بعضهم من أن خيار الوصف انما يثبت مع التصريح بالوصف فى العقد ففيه أن هذا فى الأوصاف الخارجية التى لا يشترط اعتبارها فى صحة البيع ككتابة العبد وخياطته وأما الملحوظ فى عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ يصح البيع كمقدار معين من الكيل أو الوزن أو العدّ فهذا لا يحتاج الى الذكر وكذا الشروط الضمنية كعدم تبعّض الصفقة وعدم فوات الانضمام وعدم حصول الشركة فيه الى غير ذلك من الشروط الضمينة التى اعتبرت فى المعاملة بحسب بناء العقلاء وان لم تكن مذكورة فى ضمن العقد كما هو واضح فتحصل أن الخيار هنا هو خيار تخلف الشرط دون خيار الغبن و تعبير العلامة بثبوت الخيار للمغبون لا يكون دليلا على كونه خيار غبن مع ما عرفت أن مراده تعميم الخيار للمتضرر منهما دون الغبن الاصطلاحى اعنى تفاوت القيمة السوقية .

الجهة الثالثة : هل هذا الخيار كسائر الخيارات الحاصلة من تخلف الوصف و الشرط بحيث يكون من له الخيار مختارا بين الفسخ و أخذ الثمن أو المثمن والامضاء بدون أن يستحق باسترداد شيء من الثمن أو المثمن أو أنه على غير النسق المذكور وانما يستحق من الخيار استرداد جزء من الثمن أو المثمن و الظاهر أن خيار التخلف هنا كسائر الخيارات الثابتة

لتخلّف الشرط أو الوصف فلا يوجب استحقاق شيء من الثمن أو المثمن غاية الأمر أن الخيار هنا منضم بأمر آخر فهو بطلان البيع فى الجزء الزائد فى صورة الزيادة وفى الجزء الناقص فى صورة النقيصة مثلا لو باع الحنطة على أنها خمسين حقة بخمسين درهما فينحل البيع هنا الى بيوع متعددة أى منها مشروط بالبقية فلو ظهرت الحنطة ثلاثين حقة فيكون هنا أمران أحدهما بطلان البيع فى الناقص لعدم وجود المبيع أصلا ، والثانى ثبوت الخيار للمشترى فى الباقى لتخلّف الشرط الضمنى و هو انضمام كل بيع بالبقية وقد انتفى هذا الشرط بظهور المبيع ناقصا فما هو مركز الخيار غير ما هو مركز البطلان فيكون الخيار كسائر الخيارات فى تخلّف الشرط و تبعض الصفقة و ما توهم من أن الخيار هنا ليس كبقية خيار تخلّف الشرط فان ذى الخيار هنا يستحق من الثمن مقدار ما يقابل بالجزء الناقص فهو ناشئ من الخلط بين الأمرين كما هو واضح .

و بالجملة فكما للمشترى خيار تبعض الصفقة فى سائر الموارد وكذلك هنا ومرجعه الى خيار تخلف الشرط و الوصف .

الجهة الرابعة : هل يثبت الخيار للبايع فى صورة زيادة المبيع عن المقدار الذى أخبر به البايع كما أنه ثابت للمشترى فى صورة النقيصة أم لا قد عرفت من العلامة فى القواعد من التعبير عن ثبوت الخيار لهما بقوله تخيّر المغبون و لكن الظاهر أنه لا خيار للبايع ، بل هو للمشترى فى كلا الصورتين أى صورتى الزيادة والنقيصة أما فى صورة النقيصة فقد عرفت ثبوته للمشترى من جهة تخلف الشرط ، وأما فى صورة الزيادة فربما يتوهم ثبوت الخيار للبايع من جهة أنه صار شريكا مع المشترى فى المتاع و فيه أنه و أن صار شريكا مع المشترى بنحو الاشاعة الاّ أن كل شركة لا تقتضى ثبوت الخيار

وان كان عيبا وذلك لعدم دخوله تحت الالتزام العقدى الضمنّى ، نعم لو باع عبدا مريضا مثلا فبان أنه صحيح فله الخيار وهكذا كل شئ دخل تحت الالتزام العقدى ولو ضمنا .

وأما ثبوت الخيار للمشترى فواضح لكون الشركة عيبا فى المتاع الذى اشتراه فيكون مختارا فى الفسخ والامضاء وان شئت فارجعه الى خيار تخلّف الشرط فان الشرط الضمنى موجود فى عدم تعلق حق الغير بالمبيع وكون المشترى مستقلا فى التصرّف فيه ومن الواضح أن حق القسمة للشريك البايع يمنع عن استقلال المشترى فى التصرف فى المبيع كما هو واضح لا يخفى .

فتحصل مما ذكرناه أن بيع المكيل والموزون لا يجوز بدون الكيل والوزن للروايات الدالة على اعتبارهما فيهما وكذلك المعدود للرواية الدالة على تقرير الامام (ع) فهم السائل اعتبارهما فيهما حيث اجاب عن سؤاله عن صحة بيع المعدود بالكيل كما لا يخفى على ما تقدم ، وأما اعتبار الزرع فى المزروع فقد عرفت صحته أيضا وعدم جواز بيعه بدونه لما استفدناه من الروايات الدالة على اعتبار الكيل والوزن فى المكيل والموزون من عدم الخصوصية لهما بل هما طريقان الى تعيين مالية الشئ ومقداره ومن الواضح أن الزرع أيضا يعيّن مقدار مالية المزروع كما هو واضح جدا .

وأما ما لا يعتبر فيه الوزن والكيل والزرع كالالبسة والاراضى والدور ونحوها من مختلفة الأجزاء ، فالظاهر كفاية المشاهدة فيه كما ذكره المحقق فى الشرايع والعلامة فى التذكرة فتوجب المشاهدة رفع الجهالة والغرر فى المبيع بناء على اعتبار العلم بمقدار العوضين كما تقدم والآ فلا وجه لاعتبارها أيضا فى بيع مختلفة الأجزاء كما عرفت .

والوجه فى ذلك أن المناط فى اعتبار العلم بالعوضين هو تعيين

مقدارهما ليسلم البيع عن الغرر والمجازفة ومن الواضح أن المشاهدة أيضا طريق الى تعيين مالية الشىء فيما لا يمكن فيه الأمور المتقدمة ·

وعليه فلا يثبت الخيار للمشترى اذا حصل التفاوت بمقدار يسير يتسامح فيه عادة وأما اذا ظهر فيه التفاوت بما لا يتسامح فلا يخرج البيع عن بيع الغرر والمجازفة وحينئذ ان اعتبرنا العلم بالعوضين فى صحة البيع وعدم الغرر فيها فيكون باطلا والآ فيكون صحيحا مع ثبوت الخيار للمشترى

ومن هنا اشكل المصنف على العلامة من حيث عدم بيع قطيع من الغنم من ذلك فان التفاوت فى ذلك قد يكون بما لا يتسامح فيه وكذلك اذا باعها معدودا نعم بيع كل واحد من الاغنام بالمشاهدة لا بأس به لعدم الغرر فيه ·

الكلام فى بيع صاع من الصبرة

قوله : مسألة : بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرقها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبدين وشبهه ذلك يتصور على وجوه ·

أقول : قد قسم المصنف بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء الى اقسام فلا يعلم أن نسبة المبيع الى الجملة أى شىء ·

الاول : أن يكون المبيع كسرا مشاعا ولعله بيّن معنى كسر المشاع بحيث يبيع منّا من الحنطة فلا يعلم أن نسبة المنّ الى الحنطة أى شىء أهى بالنصف أو بالثث أو أقل أو أكثر سواء كانت الحنطة فى موضع واحد أو فى مواضع عديدة فلا يشترط فى ذلك العلم بان الصبرة أى مقدار من الصاع و هذا لا شبهة فى صحته لعدم وجود ما يوجب بطلان المعاملة أما الغرر فمنفى

لعدم الجهل بالمبيع غاية الأمر أن نسبة المبيع الى المجموع مجهولة وكك لا ابهام فيه أيضا كما عرفت وأيضا لا مجال لان يقال أن صفة الملك تحتاج الى محل موجود لتقوم به وهو منفى هنا لماعرفت وجوده فى الخارج ، غاية الأمر لا يعلم نسبته الى المجموع ومن هذا قبيل بيع عبد من عبدين أو دار من دارين ، بل بيع نصف العبد ونصف الامة من عبد وأمة فان فى ذلك كله المبيع أمر معين ، بل نسبته الى المجموع أيضا معين فاى وجه للبطلان .

وقد اشكل العلامة على صحة البيع عبد من عبدين ولم يبيّن جهة الاشكال وذكر المصنف وجه الفرق منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد لعدم صحة اطلاق لفظ العبد على نصف هذا العبد ونصف العبد الاخر ، ولا يكون فارقا فى المقام فان غايته يوجب سقوط اللفظ عن الدلالة فى مقام الاثبات على المراد الواقعى ،فكلامنا ليس فى مقام الاثبات ، بل فى مقام الثبوت وامكان هذا البيع فحيث أمكن ذلك فيمكن ان يكون كلامه مقرونا بالقرائن فبواسطة القرائن يفهم المراد أو يصرح على كون البيع بنحو الاشاعة وتوهم ان لفظ الغلط يضرّ بالانشاء فاسد لما عرفت مضافا الى فساد أصل المبنى أنه يضرّ اذا كان نفس الانشاء بالالفاظ المغلوطة وأما اذا كان الغلط فى الفاظ المتعلق بحيث يكون اللفظ الدال على متعلق البيع غلطا فلا يتوهم أحد أنه يضّر بالانشاء ومما ذكرناه ظهر أنه لا فرق فى صحة البيع هنا بين كون المبيع متساوية الاجزاء أو مختلفة الاجزاء فيصح بيع نصف من العبد ونصف من الامة ونصف من هذا الدار ونصف من الدار الاخرى مع انها ليست متساوية الاجزاء ، بل وكذلك بين نصف من الدار فانها ليست متساوية فان فى ذلك كلّه لا جهالة فى المبيع ولا شىء آخر مما يوجب البطلان

القسم الثانى : أن يكون المبيع كليّا فى الخارج مقابل الكلى فى الذمة

وهذا هو القسم الثالث فى كلام المصنف وانما قدمناه لتوقف معرفة القسم الثانى على القسم الاول و الثالث، بيان ذلك أن المبيع تارة يضاف الى الذمة بأن يبيع منّا من الحنطة فى الذمة بحيث يعتبر العقلاء بمجرد اضافة الكلى الى الذمة مالية له وان لم يكن مالا قبل ذلك وهذا يسمى كليّا فى الذمة.

وأخرى يكون المبيع كليّا فى الخارج بأن يبيع صاعا من الصبرة الموجودة فى الخارج المعين المقدار بحيث أن المبيع يكون كليّا فى المعيّن الخارجى ،و من هذا قبيل أيضا بيع عشرة امتار من المزروع المقدر بماءة متر فان المبيع كلى الخارجى والفرق بين القسم الأول الذى يسمى بكسر المشاع وهذا القسم الذى يسمى بالكلى فى الخارج أن المبيع فى القسم الاول موجود فى الخارج بحيث لو تلف مجموع الحنطة للبايع تلف المبيع أيضا وهذا بخلافه هنا فان المبيع هنا كلّى مضيق ينطبق على الأمنان الخارجية فاذا تلفت الصبرة لم يتلف المبيع ولم يبقى منها الاّ بمقدار المبيع فيكون المبيع منطبقا عليه واذا تلفت الصبرة اجمع فيكون للمشترى حق الفسخ قبل القبض و يذهب من كيسه بعده و هذا ألقسم أيضا لا شبهة فى صحته لعدم تمشى بشىء من الوجوه المذكورة للبطلان هنا ،فان المبيع كلّى معين غايته مضيق بما فى الخارج من غير أن يكون فيه ابهام وجهالة أصلا فلو كان بيع كلى هنّا باطلا كان السلم أولى بالبطلان لعدم وجود ما ينطبق عليه الكلى فى الخارج و بالجملة لا شبهة فى صحة بيع صاع من صبرة بنحو بيع الكلى فى الخارج كما لا يخفى.

القسم الثالث: ان يكون المبيع فردا منتشرا فى الاجزاء الخارجية و مبهما من جميع الجهات والفرق بين هذا القسم والقسم الاول هو أن المبيع فى القسم الاول موجود معين شخصى من غير جهالة فيه و انما الجهالة

كانت فى نسبته الى المجموع وأما فى هذا القسم ليس فيه تعين اصلا فضلا عن كونه فى الخارج وأما القسم الثانى فالمبيع فيه أمر كلّى بغير تشخص فيه أصلا وهذا بخلاف القسم الثالث فان المبيع ليس كليّا كالقسم الثانى ولا أمرا موجودا فى الخارج ومتشخصا بالخصوصيات بل هو فرد مردد مبهم و يسمى ذلك بالفرد المنتشر، وقد استدل على بطلان البيع هنا تارة بالجهالة وأخرى بان الابهام فى المبيع مبطل وثالثة بانه موجب للغرر فيكون موجبا للبطلان ورابعا بأن الملك صفة وجودية محتاج الى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة فى الخارج واحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به لأنه أمر انتزاعى من امرين معينين وذهب المشهور الى بطلان هذا القسم من البيع، بل ادعى الاجماع على ذلك وخالف المحقق الاردبيلى فى ذلك وتبعه المصنف و بعض آخر ٠

أقول : يقع الكلام فى تصوير هذا أولا بأنه هل يمكن وجود فرد مبهم فى العالم أم لا ، فنقول تارة يراد من الفرد المنتشر الوجود المبهم غير المتشخص بخصوصية خاصة فهذا لا شبهة فى بطلان بيعه اذ لا وجود له أصلا حتى فى علم الله ولم يخلق فرد يكون موصوفا بهذا الوصف فانّ كلما هو موجود فى الخارج فمتشخص بشخصية خاصة وبجهات مميزة بل التشخص عين الوجود على قول فكيف يعقل أن يكون هنا فردا ولا يكون متشخصا لخصوصية فان اراد من الفرد المنتشر هذا المعنى المردد وقال الاردبيلى و المصنف بصحة بيع هذا الفرد فهو بديهى البطلان لماعرفت من عدم وجود مثل ذلك اصلا ٠

وان ارادوا من ذلك الفرد المنكر أى فردا موجودا بين الأفراد الخارجية متشخصا بخصوصية ومتميّزا فى الخارج بتميزّ خاص بحيث كان عند

الله معينا حتى لو كان هنا معصوم لا خبر بالمبيع ولكن مجهول عند البايع والمشترى كما اذا قال بعتك عبدا من عبدين أو صاعا من صياع هذه الصبرة أو شاة من هذه الشياة فان المبيع وان كان مجهولا عند المتعاملين ولكن ليس مثل الاول غير موجود فى العالم وغير مخلوق لله بل له وجود حقيقة فى علم الله بحيث لو عينا كان فردا من هذه الافراد كما اذا قال بعتك عبدا من عبيدى الذى يأتى أولا فان ايا منهم ياتى أولا فهو مبيع ومعلوم عند الله واقعا فان ارادوا هذا المعنى فالظاهر أنه لا شبهة فى صحته، اذ ليس شىء من الوجوه المذكورة جارية هنا الا الوجه الاول فهو الجهالة أما الابهام فالفرض ان الفرد المبهم لا وجود له فى الواقع وقلنا أن لما نحن فيه وجود واقعى غايته مجهول عند المتعاملين وأما الغرر فليست المعاملة بغررية أصلا .فان من المفروض الصبرة متساوية الاجزاء و متساوية النسبة وأما كون الملك صفت محتاجة الى محل موجود فكذلك أيضا أن المبيع موجود فيقوم عنوان الملكيّة الذى أمر اعتبارى بذلك المحل .

وبعبارة أخرى أنه لا شبهة فى توقف البيع على وجود محل يقوم بعنوان الملكية وان لم تكن امرا خارجيا وصفت وجودية بل من الاعتباريات الاّ أن هذا الامر الاعتبارى لابد له من محل يقوم به ليمكن تبديل المال فى طرف الاضافة فما لا مال فلا اضافة ليمكن التبديل فيها .نعم فالجهالة موجودة هنا فان تم اجماع ونحوه على بطلان البيع بمثل هذه الجهالة لكونها موجبة للبطلان فيها والاّ فيحكم بالصحة للعمومات كما هو واضح.واوضح بالصحة لو كان له عبدان فمات أحدهما وبقى الاخر ولم يعرف أنه لمبارك أو الميمون فيقول بعتك العبد الباقى من عبدين فان مثل هذه الجهالة لا تضر بالصحة ولا دليل على كونها مبطلة وتوهم شمول الاجماع عليه فاسد . فانه

دليل لبىّ لا يشمل لغير الجهالة فى المقدار.

وحاصل ماذكرناه فى هذه المسألة هو أن بيع شىء يتصور على وجوه:

الاول: أن يكون كسر مشاع بمعنى أن يكون المبيع حصّة من الحنطة الموجودة فى الخارج ومتشخصا بخصوصية ويكون المشترى شريكا له بنسبة خاصة من النصف أو الثلث أو غيرهما وانما يشير البايع بقوله بعتك منّا من الحنطة الى الشركة بهذا النحو كما لا يخفى، وهذا لا شبهة فى صحته و لا فرق فى ذلك بين متساوية الأجزاء أو لم يكن ولا بين صحة اطلاق اللفظ على النصف ونحوه وعدمه فيصح بيع عبد من عبدين على نحو الاشاعة وان لم يصح اطلاق العبد على النصف وذلك لماعرفت فى الفاظ العقود على اعتبار الحقيقة والالفاظ الصحيحة فى الفاظ العقود، انما هو منحصر بالالفاظ التى يقع به انشاء العقد وأما متعلقات العقود فلا يعتبر فيها الحقيقة، بل لا يعتبر فيها الألفاظ الصحيحة فضلا عن المجاز كما هو واضح.

و بالجملة فبيع كسر المشاع بأى لفظ كان صحيح بلا اشكال وليس فيه مايوجب البطلان من الوجوه المتقدمة كالجهالة والابهام و الغرر و عدم وجود المحل ليقوم به الملك.

الثانى: بيع الكلى فى المعيّن الخارجى فى مقابل البيع الكلى فى الذمة وقد تقدم تفصيله واجماله أن يبيع كليّا معينا مثل المنّ ونحوه من هذه الصبرة الخارجية من غير أن يكون المشترى شريكا له فى الصبرة وانما يكون حقه قابلا لانطباق بكل من منها انطباق الكلى على الفرد حتى لو تلفت الصبرة ولم يبق منها الاّ بقدر المبيع فيكون حقه منطبقا عليه بخلافه فى الأول فان التالف من البايع والمشترى بنسبة حصتهما الى مجموع الصبرة.

و يدل على صحة هذا البيع مضافا الى المطلقات و العمومات قيام

السيرة القطعية على صحته فان رسم الاصناف من قديم الأيام وحد يثها جار على بيع بعض من المتاع الموجود على النحو الكلى فى المعيّن و كذلك المشترين يشترون هكذا مثلا فيجيىء أحد الى البزاز فيقول له بعنى عشرة طاقات من الثوب الفلانى ويقول البايع بعتك عشرة طاقات، فانه يكون هذا على نحو الكلى فى المعيّن ويدل على صحة هذا البيع مضافا الى الأمرين المذكورين صحيحة(١) الأطنان (ولورود الرواية فى اطنان القصب قد سمها الشيخ صحيحة الاطنان) حيث سأل رجل عن بيع أطنان من القصب الموجود فى الخارج حيث احترق ولم يبق الاّ بقدر المبيع فقال عليه السلام العشرة الاف طن التى بقت هى للمشترى فلا يتم ذلك الا بكون المبيع كليّا لا بنحو الاشاعة وتوهم أنه على نحو الاشاعة ولكن حيث كان التلف قبل القبض فلذا لم يكن التالف من المشترى فان التلف قبل القبض من مال البايع توهم فاسد فان جهة الاستدلال ليس هو ذلك بل كون الباقى مجموعا للمشترى، فانه لوكان على نحو الاشاعة لكان البايع أيضا شريكا له فى الباقى ولا يفرق فى ذلك قبل القبض وبعده على أن الرواية غير متعرضة بجهة القبض سؤالا وجوابا.

الثالث: أن يكون المبيع فردا مبهما مردّدا بين الافراد الخارجية نظير الفرد المنتشر من أن يكون متشخصا بخصوصية خارجية كما فى القسم الاول ولا أمرا كليّا كما فى القسم الثانى فقد ذهب المشهور الى بطلانه و الاردبيلى وبعض من تأخر عنه الى الجواز و أختاره المصنف واستدلوا على البطلان بوجوه أربعة وقد أجاب عنه المصنف كما تقدم، ولكن الكلام فى تصوير

---

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٢٧٢ ،صحيحة بريد بن معاوية.

ذلك فنقول فان أرادوا من الفرد المبهم الفرد المنتشر الذى لا يتشخص بخصوصية خارجية فهذا لا وجود له حتى فى علم الله تعالى ،ولم يخلق بل ولا يخلق أصلا ،بل يستحيل أن يكون موجودا أصلا ،فان الشىء ما لم يتشخص لم يوجد على ما قيد ،بل التشخص عين الوجود فكيف يعقل أن يكون الشىء موجودا فى الخارج ويكون مبهما من جميع الجهات ، و غير متشخص بخصوصية خاصة فلايمكن أن يكون المبيع أمرا موجودا وفردا منتشرا بين الأفراد الخارجية وعليه فلا يعقل القول بإمكانه فضلا عن صحة بيعه أو الاستدلال على بطلانه بأمور متقدمة فان ذلك من أقسام ممتنع الوجود فى الخارج وان أرادوا من الفرد المبهم الفرد المنكر فلاشبهة فى جوازه بحيث ان المبيع موجود بين هذه الصياع مثلا ومتشخص بخصوصية و متميز عن سائر الموجودات فى الخارج الا أنه غير معلوم للمتبايعين و الآ فان الله تعالى يعلم أن المبيع أى فرد من الافراد الخارجية وأى منها يختاره المشترى عند القبض والاقباض ولو كان هنا معصوم لأخبره كما اذا قال بعتك عبدا من عبيدى الذى يجنى قبل كلهم أو شاة من الشياة أو صاعا من صياع هذه الصبرة الموجودة الذى نختاره عند الوزن أولا فان فى ذلك كله ان الله تعالى يعلم أن أى فرد منها مبيع فليس مثل القسم الاول ، بحيث أن لا يكون له وجود أصلا حتى فى علم الله تعالى ويستحيل خلقه الى الأبد ويكون داخلا فى ممتنع الوجود وان ارادوا هذا فلا شبهة فى صحته ،ولا يرد عليه شىء من الوجوه الاربعة الآ الجهالة فان تم اجماع على كونها مبطلة فبها والآ فيتمسك بالعمومات الدالة على صحة البيع . و يحكم بصحته أيضا وعلى هذا فما ذهب اليه الاردبيلى ومن تبعه بعده متين جدا .

ثم انه بقى الكلام فى تصوير الاشاعة وبيع الصياع من الصبرة على نحو الكلى ،أما الاول فذهب جمع الى ان الاشاعة أن يملك شخصين متاعا بنحو الكلى بحيث أن كل منهما يملك كليّا منطبقا على العين الخارجية فمعنى الشركة على نحو الاشاعة وملك كل منهما كليّا قابل الانطباق على الموجود الخارجى .

و ذهب بعضهم أن معنى الاشاعة أن يملك كل واحد من الشريكين أمرا شخصيّا خارجيا من المال الخارجى المشترك بحيث يكون معينا فى الواقع ومجهولا فى الظاهر الى أن تنتهى التقسيم حتى الاجزاء الصغار ولكن لا يتميز حقيقة كل منهم عن الاخر فى الظاهر وان كان معلوما فى الواقع.

ثم انه ذهب اكثر المتكلمين وبعض الحكماء قبل الاسلام الى وجود الجزء الذى لا يتجزى وأن الجسم مركب من تلك الاجزاء وأن المواد الأصلية للاشياء هى تلك الأجزاء وذهب جمهور الحكماء الى بطلان هذا المذهب وعلى فرض تحققه أن مواد الأشياء ليست هى الأجزاء الغير المتجزى حتى بطلان الجزء الذى لا يتجزى ولا يقبل الانقسام من أبد البديهيات ، و قد برهنوا عليه فى محله ببراهين متعددة منها أن كل ما هو متجز و شاغل للمكان وقابل للاشارة الحسية الملازم للوجود والتشخص فى الخارج فله جهات ست بحيث أن فوقه غير تحته وهكذا وأن الملاقى له من هذا الثوب غير ما يلاقيه من الثوب الأخر وهكذا وان وصل ذلك الشئ فى الصغر الى حد لا يكون شئ اصغر منه بحيث لا مرتبه بعد الاّ لعدم فعلية فلامناص من قبوله القسمة وانما عدم الانقسام فى الخارج بواسطة عدم الآلة القطاعة وعليه يترتب بطلان مذهب النظام القائل بتركب الاشياء من أجزاء غير

متناهية لا تتجزى على أنه يلزم امتناع قطع مسافة معينة فى مدة متناهية الاّ بالطفرة فان المسافة الواقعة بين المبدء والمنتهى مركب من أجزاء لا تتناهى فلا يعقل قطعهما فى زمان متناه الاّ بالطفرة الى غير ذلك من البراهين ·

وبالجملة فلا شبهة فى بطلان القول بالجزء الذى لا يتجزى و كون الاجسام مركبا منها ·

و لكن تصوير الاشاعة فى الشركة غير متوقفة على ذلك فانه قلنا بوجود الجزء الذى لا يتجزى أو بعدمه فالشركة موجودة فى الخارج قطعا وانتهى الى الاجزاء الغير المتناهية بناء على عدم انقسام الجوهر الفرد اذا عرفت ذلك فنقول أما تصوير الاشاعة على الوجه الاول أى مالكية كل منهما على المال بنحو الكلى فى المعين فلا شبهة فى بطلانه فان لازم ذلك أن لا يكون الخصوصيات الموجودة فى العين الخارجى مملوكة للشركاء كخصوصية الدار والارض والحيوانات وغيرها من الاملاك الشخصية ومن البديهى انها من أملاكهم فلا يصح ذلك مع القول بكون ماليكيتهم على نحو الكلى فى المعيّن فأنه لا يعقل أن يكون الكلى حاويا للخصوصيات وأيضا من جملة أسباب الشركة المزج فلو كان ملك كل من الشريكين على نحو الكلى فيلزم عدم ملك كل من مالكى الطعامين بالطعام الشخصى مع أن ملكهم كان شخصيا فهذا خلف ويلزم أيضا أن تخرج الخصوصية من كلهم بلا سبب و أيضا لو باع أحد نصف داره من الاخر على نحو الاشاعة فلازم القول المذكور أنه لو تلفت العين ولم يبق منها الاّ بمقدار حق المشترى فيكون ذلك متمحضا له وان قلنا بزوال مالكية البايع عن الحصة الاخرى لنفسه فلازمه الغاء ذلك بلا موجب فشىء من ذلك لا يمكن الالتزام به وأما كون كل من الشركاء مالكا

لشخص خاص معين فى الواقع و غير معين فى الظاهر بحيث أى جزء فرضته يكون نصفه الخاص لهذا و نصف الخاص لذلك فهو أيضا باطل فانه يلزم ح أن يكون ملك كل منهما على الشخص الخاص بلا مرجح ومجوّز فيما اذا اشتريا متاعا على الشركة أو انتقل متاع الى الوارث من المورث وهكذا فان فى هذه الموارد كلها أى سبب أوجب ملك هذا بجزء خاص و ملك ذاك أيضا بجزء خاص مع أن نسبة المال كان اليهما على حد سواء فيلزم من ذلك ملك كل منها على شخص خاص دون الاخر تخصيص بلا مخصّص و ترجيح بلا مرجح .

على أنه لوكانت الشركة بمعنى ملك كل من الشريكين حصة خاصة شخصية الى أى مرتبة انتهت لزم فى بعض الموارد أن يكون المال بدون المالك كما اذا فرضنا أن هنا مالا مشتركا بين خمسين واذا قسمناه الى عدد الشركاء خرج عن المالية للقلة كحبة من الحمّص مثلا فالمجموع من حيث المجموع ليس مالا لشخص منهم واجزاء لا يصدق عليها المال فيلزم أن يكون هذا المال بلا مالك فهو بديهى البطلان ، بل ربما يخرج الاجزاء عن الملك لكسرة الشركاء كما اذا اشترك شخاط بين مائة فان كل جزء من المائة ليس بملك أيضا فانه لا يعتبر العقلاء الملكية على ذلك كما لا يخفى وأما الابهام فمضافا الى أنه لم يحتمله أحد أنه غير معقول .

ومحصّل الكلام من الاول أنه لا يعقل تصوير الاشاعة على نحو الكلى فى المعيّن فان لازم ذلك أن لا تكون الخصوصية فى الاعيان الشخصية المملوكة للشركاء مملوكة لهم كالدار والحدائق والبساطين المشتركة بين الشركاء مع أنها مملوكه لهم .

وأيضا اذا حصلت الشركة بالمزج فلزم الغاء مالكيّة الشركاء عن العين

مع أنهم كانوا مالكين بالخصوصيات فأىّ شىء أوجب الغاء ذلك وأيضا لو باع أحد نصف داره من زيد على نحو الاشاعة وصار المشترى مالكا للكلى فى المعين فلازم ذلك ان ينحصر حقه بالباقى مع تلف النصف كما هو كذلك فى جميع موارد بيع الكلى فى المعين مع أن التلف فى صورة الاشاعة محسوب منهما بلا خلف فان قلنا بزوال مالكية البايع عن الخصوصية فى حصة نفسه فهو بلا موجب فأى سبب أوجب زوال ملكه عنها وصار مالكا للكلى فكل ذلك مما لا يمكن الالتزام به.

وأيضا لا يعقل تصوير الاشاعة على نحو كون كل منهم مالكا للشخص الخاص المعين فى الواقع الى أىّ حدّ وصل التقسيم وان كان مجهولا فى الظاهر وكل من الشريكين مالك لنصف العين المشترك بجميع اجزائها المعينة فى الواقع ولوجه فى عدم كونه معقولا أن لازم ذلك أن يكون كل منهم مالكا لجزء خاص بلا موجب فيما اذا مات المورّث وترك وارثا متعددة ومالا فانهم مشتركون فى ذلك المال فكون كل منهم مالكا لشخص خاص وجزء معين دون الاخر وبالعكس ترجيح بلامرجح وتخصيص بلا مخصص.

وأيضا لا يعقل تصوير الاشاعة على نحو الابهام فانه مضافا الى أنه لم يقل به أحد أنه غير معقول كما عرفت.

واذا بطل الوجوه المتقدمة فانحصر الوجه فى تصوير الاشاعة بما نذكره والتحقيق فيه أن يقال فى تصوير الاشاعة أن مجموع الشركاء مالك لمجموع المال فان العقلاء يعتبرون مالكية المجموع لشىء واحد بنحو الاستقلال ولكن مالكية كل منهم للعين مالكية ناقصة كالنصف والثلث والثلثين والربع والسدس وغيرها، فان كل منهم نصف المالك وثلثه وربعه وسدسه وهكذا بحيث أن كل منهم مالكا للمجموع بأحدى النسب المذكور تدونا لبعض

الخاص أو الكلى فى المعيّن ولكن على نحو الناقصة بحيث لو أراد أن يتصرف فى العين المشتركة على نحو الاستقلال فلا يجوز له ذلك لعدم كون مالكيته للمجموع على نحو الاستقلال لينافى الشركة فكان كلهم مالك واحد فالمجموع مالك للمجموع استقلالا .

وبالجملة أن كل من الشركاء مالك على مجموع المال و تمامه ولكن على نحو الناقص لكونه نصف المالك أو ربعه و هكذا والتعبير عن ذلك بأن كل منهم مالك للنصف و هكذا فمن باب المسامحة فى التعبير و الضيق فى العبارة و الا فليس له مالكية على النصف مثلا بالاستقلال من العين المشتركة أصلا وانما المجموع مالك واحد مستقل وكل منهم مالك ناقص وله مالكية للتصرف فيها ناقصة من غير أن يكون بالاستقلال ففى مثل موت المورّث و انتقال المال الى الورثة ان مجموع الورثة مالك واحد قائم مقام الميت فان المالك كان هو المورّث وحده وبالفعل كان المالك هو مجموع الورثة وصاروا نائبا عنه فى المالكية وكان المورث تمام المالك و صار كل واحد نصفا لمالك و ربعه على حسب حصته ولا شبهة فى صحة اعتبار الملكيّة للمجموع و يدل عليه ماذكرناه أنه ربما لا يكون للاجزاء بنفسها مالية أصلا و انما المالية تقوم بالمجموع من حيث المجموع كما اذا كان شخاط واحد مشتركا بين خمسين فان قلنا بماذكرناه من كون المجموع من حيث المجموع مالكا للمال على نحو الاستقلال لصحة اعتبار الملكية لهم وكان لكل منهم مالكية ناقصة فيها والاّ لكان هذا المال بلا مالك فان حصة كل منهم ليس بمال والمجموع من حيث المجموع مال ولكنه ليس لأحد ولا للمجموع على الفرض ، بل ربما يصل الى مرتبة يخرج مقدار حصة كل منهم عن الملكية ولا يعتبر العقلاء ملكية عليه كما اذا كان حق كل منهم بمقدار نصف العود من الشخاط نعم يبقى له حق

الاختصاص فى العين لكونها متعلقة لحقه واما على ما ذكرناه ، فالامر واضح فان المجموع من الشركاء مالك استقلالا لمجموع العين المشتركة وكل واحد منهم مالك للمجموع أيضا ولكن على نحو الناقص بحيث أن كل منهم نصف المالك وربعه وثلثه وليس له على العين السلطة المالكية الاستقلالية بل له سلطة على العين سلطة المالكية الناقصة فان لكل منهم مملوك فهو مجموع العين ولكن مالكيته وسلطنته عليه ناقصة كما لا يخفى .

و يترتب على ذلك أنه اذا باع أحد الشريكين حصته فمعناه أنه باع مجموع العين بملكية ناقصة وانتقل عنه الى المشترى مالكيّة ناقصة أى زالت اضافة الملكية عنه ووجدت فى المشرى فان التعبير بالانتقال مسامحة فى التعبير .

وتوضيح ذلك أنه كما يجوز لاحد أن يبيع نصف الدار مثلا معينا أو على نحو الكلى فى المعيّن أو على نحو الفرد المنكر فكذلك يجوز بيع مقدار منها على نحو الاشاعة بمعنى كون المبيع مجموع الدار ولكن يبيع بالمالكية الناقصة وينتقل اليه نصف المالكيّة أى يعدم نصف مالكيته بالبيع وتنقطع من المالك الاضافة الناقصة وتوجد تلك الاضافة الناقصة للمشترى و تعبيرنا بالنقل مسامحة فان فى البيع ليس نقل اضافة أصلا بل دائما قطع اضافة و ايجاد اضافة أخرى ، فان البيع تبديل مال فى طرف الاضافة و التعبير بالنقل للوضوح .

وبالجملة فاذا باع المالك نصف متاعه على نحو الاشاعة فقد بذل لمجموع متاعه فى مقابل الثمن على نحو الملكية الناقصة وقطع اضافة ناقصة من اضافة المالكية الى نفسه وأوجدها للمشترى و هذا المعنى أمر موافق للاعتبار و لا غرر فيه ، وهكذا بيع أحد الشريكين حقه من الأخر فانه يبيع مجموع العين

المشتركة بملكية ناقصة وينتقل من البايع الى المشترى اضافة ناقصة من المالكية وهكذا فى جميع موارد الشركة وبيع أحد الشركاء حقه كما لا يخفى فافهم .

وتوهم أن الملكية من مقولة الأعراض فهى غير قابلة للقسمة فكيف تكون الملكية متبعضة ويكون لاحد الشركاء النصف وللأخر الثلث وللثالث السدس

وهو توهم فاسد فان الملكية وان كانت أمرا اعتباريا غير قابلة للقسمة كالاعراض أو هى من مقولة الأعراض و لكن يمكن تقسيمها باعتبار متعلقها كما هو الشأن فى جميع الاعراض الغير القابلة للقسمة مثلا أن البياض فى نفسه غير قابل للتقسيم ،ولكنه يقبله بحسب محلّه و الأمر فى المقام أيضا كذلك فان مالكية المورث مثلا كانت بالاستقلال فاذا مات انقطعت منه ووجدت فى مجموع الورثة من حيث المجموع وفى الافراد بالتبعيض باعتبار أن مملوك كل منهم التركة مجموعا بنصف الملكية مثل فأوجب ذلك انقسام المالكية أيضا الى النصف كما أن البياض فى الجسم بياض واحد ويتعدد بالتقسيم و أن الحرارة فى الماء حرارة واحدة ويتعدد بتقسيم الماء وهذا أيضا كتبعض الارادة والطلب فى باب التكاليف المركبة كتعلق الأمر بالصلاة وتبعضها الى الركوع و السجود و غيرها من الأجزاء فان الطلب وان كان بسيطا لايتبّعض ولكن يتبعض بتبع تبعض متعلقه كما لا يخفى .

ثم وقع الكلام بين العامة والخاصة أن التقسيم فى باب الشركة افرازا و تعيين حق أو بيع فقال الامامية أنه تعيين الحصة و قال العامة أنه بيع فيترتب عليه أحكامه وقد وقع النزاع بين العامة و الخاصة فى باب المعاملات فى هذا المسألة و مسألة الضمان ،حيث انهم يقولون انّ الضمان ضم ذمة الى ذمة أخرى وقال الامامية انه انتقال المال من ذمة الى ذمة أخرى و

ان وقع الخلاف بينهم فى باب المعاملات فى كثير من الفروع، ولكن المخالفة فى المسائل المهم هاتان المسألتان ·

أقول : ان كان مراد الامامية من كون الشركة افرازا و تعينا للحق هو أن حق كل منهما امر كلى يتعين بالقسمة كما هو ظاهر كلامهم فهو لا يصح الاّ فى موارد كون المملوك كليّا كموارد البيع فى الذمة أو بيع الكلى فى الخارج فانه يتعيّن بالتعيين ،وأما فى موارد الشركة التى هى اشاعة حق كل من الشريكين على النحو الذى ذكرناه فلا ،بل لا شبهة أن فى موارد الشركة ينتقل المملوك كل من الشريكين الى الاخر بدل انتقال حق الاخر اليه ، فيقع بينهما التبادل كما سنذكره وعلى هذا فلا وجه لماذكره الخاصة بوجه ·

و ان كان مرادهم من ذلك ردّ العامة حيث انهم يقولون بكون التقسيم بيعا يترتب عليه أحكام البيع من الخيارات و نحوها و غرضهم أنه ليس ببيع ليترتب عليه حكمه ،فهو متين لعدم انطباق تعريفه عليه ،وانما هو معاملة خاصة حيث ان لكل من الشركاء مالكيّة ناقصة للعين من حيث المجموع ، فيبدل كل منهم مملوكه بالملكية الناقصة على النصف مثلا بمملوك الاخر بالملكية الناقصة كذلك ،مثلا فاذا كانت الدار الواحدة مشتركة بين شخصين على النصف فمعنى قسمتها الى نصفين أنه كل منها يأخذ مملوك الآخر الذى بالملكية الناقصة مقابل مملوك نفسه بالملكية الناقصة فيكون مالكا مستقلا بالنصف والامر اوضح بناء على تصوير الاشاعة على نحو الثانى أى يكون كل من الشركاء مالكا لجزء خاصّ فان كل منهم يبدّل الاجزاء المملوكة له فى هذا النصف بالأجزاء التى فى النصف الاخر و على هذا فيكون التقسيم فى نفسه معاملة مستقلة و قد ذكرنا نظير ذلك فى المعاطات و قلنا فلا بعد فى أن يكون هنا معاملة مستقلة لا يكون بيعا ولا صلحا ولا اجارة ولا غيرها من

المعاملات المعروفة فتدل على صحتها آية تجارة عن تراض فكما أنه يمكن أن تكون المعاطات معاملة مستقلة فكذلك يمكن ان يكون التقسيم أيضا معاملة مستقلة ولهذا نظائر كثيرة في العرف كتبديل كتاب الرسائل المحشى ، برسائل آخر غير المحشى المخطوط بخط جيد، فان من لا يحتاج الى الحاشية يبدل كتابه بكتاب آخر جيد الخط غير المحشى مع أنه ليس بيعا ولا غيره من المعاملات المعروفة ، بل معاملة خاصة .

و بالجملة فان أراد الخاصة من الافراز الوجه الاول الذى هو ظاهر كلامهم من الافراز والتعيين فلا وجه لما ذكره الخاصة و العامة فان كليهما باطل وان أرادوا الوجه الثانى الذى ليس بظاهر كلامهم كما هو الظاهر ولا يضرّه كونه خلاف ظواهر كلامهم لانهم كانوا بصدد الرد على العامة من غير لحاظ جميع الخصوصيات فقولهم أن التقسيم ليس ببيع فكلام متين جدا فانه كما عرفت ليس ببيع، بل معاملة خاصة فافهم .

الكلام فى تصوير الكلى فى المعين

و أما تصوير الكلى فى المعين فربما يقال أنه عبارة عن الفرد المنتشر الموجود فى الصبرة الخارجية مثلا وقابل الانطباق على كل فرد فرد .

و فيه مضافا الى استحالة وجود الفرد المبهم وأنه لم يخلق ولن يخلق كما تقدم أن هذا خلف الفرض فان معنى الكلى هو عدم تشخصّه بخصوصية خاصة خارجية و معنى الفرد أنه متميّز بالخصوصية فهما لا يجتمعان .

و قد يقال أنه عبارة عن الكلى فى الذمة بعينه غاية الأمر أن المشترى يشترط على البايع أن يؤديه أى المبيع من العين الموجودة فى الخارج

المتخصص بخصوصية خاصة والاّ فلافرق بينه و بين الكلى فى الذمة ، فاذا باع صاعا من الصبرة الخارجية أو منّا من الحنطة الفلانية فمعناه أنه باع كلّى المن و كلّى الصاع فى الذمة بشرط أن يطبقه على الموجود الخارجى كما هو واضح ٠

و فيه أن الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا فى بيع الكلى فى المعين الخارجى أنه لو تلفت العين الخارجية كان البيع باطلا فان المبيع لم يقبض و التلف قبل القبض موجب للبطلان ،فلو كان معنى بيع الكلى فى المعين هو بيع الكلّى فى الذمة على النحو المزبور لماكان وجه للبطلان مع تلف العين الخارجية بل يثبت للمشترى خيار تخلف الشرط مع صحة البيع كسائر موارد تخلف الشرط ٠

وقد يقال أن بيع الكلى فى المعين هو الكلى فى الذمة أيضا ،ولكن يقيد بالخصوصيات التى توجب عدم انطباقه الا على الموجود الخارجى كما اذا باع عبدا من عبيده من ولد مبارك لكونهم صحيح الأصل أو باع منّا من الحنطة الحاصلة من المزرعة الفلانية والفرق بين هذا وسابقة أن الخصوصيات مأخوذا فى البيع على نحو الا شتراط فى الأول و على نحو القيد يقفى الثانى فعلى الاول مع تلف ما فى الخارج كان للمشترى خيار تخلّف الشرط كما عرفت و على الثانى فله خيار تعذ ر التسليم ٠

و فيه أولا أنك عرفت أن تلف العين الخارجى فى بيع الكلى مفها موجب للانفساخ لأنّ التلف قبل القبض من مال البايع و هذا بخلافه فـى بيع الكلى فى الذمة على النحو الثانى فان التلف فيه لا يوجب البطلان ، كما عرفت ،بل يبقى البيع على حاله ويكون المبيع هو الكلى غاية الأمر يثبت للمشترى خيار تخلف الشرط ٠

و ثانيا : أن لازم ذلك جواز أن يتلف البايع العين الخارجية وضعا و يبيعه لغيره مثلا بحيث لا يبقى شيء في الخارج لينطبق عليه الكلى ومع ذلك كان البيع صحيحا و هذا بخلافه في بيع الكلى في المعين فان المبيع موجود فيه فلا يجوز اتلاف البايع مجموع ذلك وضعا .

و قال شيخنا المحقق أن المبيع في بيع الكلى في المعيّن هو الكلى من غير ان يقيد في كونه في الذمة ولا أنه مقيد بكونه في الخارج بل مطلقا من جميع ذلك فيكون منطبقا على كل فرد فرد في المعين الخارجى ، فاذا باع منّا من الحنطة فمعناه انه باع كليا مطلقا قابل الانطباق على الصياع الموجودة في الخارج المعين وعلى غيرها .

و فيه مضافا الى الوجهين المتقدمين أنه لا يعتبرون العقلاء مالية على كل لا يكون منسوبا الى ذمة أو الى الخارج (وقد اعترف بذلك في أوائل البيع، وقال ينسب الى الذمة ببعث) فلا معنى لكونه مبيعا أصلا كما هو واضح .

و التحقيق في تصويره أن يقال أنّ الكلى في المعين ليس الاّ الكلى المضيق الموجود في ضمن المعيّن الخارجى وقابل الانطباق على افراده و توضيح ذلك في امور الاول ان الكلية لا يتخصص ولا يتشخص الاّ بالتشخصات الخارجية بحيث توجب تحيزها في الخارج والاّ فبمجرد تقييد الكلى من غير أن يوجب التقييد والتشخص في الخارج لا يوجب خروج الكلى عن كليته كما حقق في علم الحكمة والكلام ، نعم يوجب تضيق الدائر فقط و التقريب بنحو التوضيح في تصوير بيع الكلى أن الملكية الاعتباريّ متعلق اولا و بالذات بالكلى حتى في البيوع الشخصية و على الخارجيات بالعرض فيكون الكلى مملوكا بالاصالة والأعراض مملوكا بالتبع نظير العلم بفسق زيد فانه عالم بالكلى بالاصالة وبالجزئى بالعرض كما هو واضح فلا عجب في امكان تمليك

الكلى على كليته وابقاء الخصوصيات فى ملك نفسه كما لا يخفى ٠

الثانى :أن الاعيان الخارجية انما هى مملوكة لملاكها بجميع خصوصياتها الشخصية وله مالكية عليها مالكية تامة فله أن ينتقل الى الغير الذات المبرات عن الخصوصيات وتبقى الخصوصيات فى ملكه وله أن ينقل اليه الذات مع جملة من الخصوصيات وله أن ينقلها مع جميع الخصوصيات فمع نقلها بالخصوصيات تارة تكون بحد توجب كون المبيع شخصيّا و أخر لا توجب بل يكون كليا مضيقا ٠

الثالث: أنه لا شبهة فى وجود الجامع بين المفاهيم بحيث أن مفهوما واحدا يصدق على مفاهيم كثيرة كما لا شبهة فى وجود الجامع بين الحقائق أيضا فان حقيقة واحدة يمكن ان تصدق على الحقائق العديدة مثلا أن مفهوم الوجود جامع لجميع مفاهيم الوجود فى العالم كما أن حقيقة الوجود جامع لجميع الحقائق الوجود ببيع ففى مقام الاشارة و الدلالة يعبّر بمفهوم الوجود وفى مقام اللب والواقع يعبّر بحقيقة الوجود، فاذا قيدت الطبيعة مثلا بالوجود يكون قابل الانطباق على جميع افرادها على نحو الاستغراق والسريان ،واذا قيد بصرف الوجود يكون قابل الانطباق على جميع أفراد الطبيعة أيضا،ولكن على نحو البدلية بحيث يكون أول الفرد منها أى فرد كان موردا للحكم وهذا أيضا يختلف بالسعة والضيق ٠

اذا عرفت ذلك فنقول أن المالك انما هو مالك للعين الخارجية مع جميع خصوصياتها فاذا باع مثلا صاعا منها أو زرعا أو غيرهما من غير أن يعين المبيع بجزء خاص أو بطرف خاص فيكون المبيع أمرا كليا قابل الانطباق على بقية الافراد باجمعها على البدل مفهوما وحقيقة كانطباق مفهوم الوجود وحقيقته على جميع مفاهيم الوجود وحقيقته فليس الذات من

حيث هي المعرات عن جميع الخصوصيات مبيعا ولا أن الذات المقيدة بجميع الخصوصيات مبيع والاّ لتوجه على الاول ما ورد على شيخنا المحقق، وعلى الثاني ،كان المبيع شخصيا لا كليّا بل المبيع هي الذات المقيدة ببعض الخصوصيات اعني خصوصية كونها من هذه الحنطة أو هذه الطاقة أوهذه الفراش مثلا بحيث أوجبت تلك الخصوصية تضييق دائرة الكلي الوسيع المطلق من جميع الجهات ،ولكن ليست تلك الخصوصية على حدّ تكون موجبة لصيرورة المبيع شخصيا فيكون واسطة بين الامرين فيكون المبيع هو الطبيعة المقيدة بصرف الوجود الضيق فالبايع قد نقل الى الغير الطبيعة المضيقة المقيدة بصرف الوجود من العين الخارجية كصاع ونحوه و ملكه للمشتري بحيث صار المشتري مالكا لطبيعي الصاع المقيّد بصاع هذه الصبرة مثلا و أبقى المالك بقية الخصوصيات في ملكه ومنها السريان و تطبيقه على كل فرد فرد فليس للمشتري الاّ الكلي المقيد من هذا الموجود وهذا واضح جدا فالاعتبارات العقلائية مساعدة لها في التكليفيات والوضعيات كما اذا أمر المولى بالصلاة مطلقا أو في المسجد فان المكلف به في الاول مطلق جميع الجهات غير تقيد الطبيعة بصرف الوجود وأما القيود فكلها ملغات و هذا الذي عبرنا عنه في باب المطلق و المقيد برفض القيود و بنينا عليه معنى المطلق ،وفي الثاني مقيد بقيد آخر غير تقيده بصرف الوجود و هو كونها في المسجد ومع ذلك لم يخرج المكلف به عن كليته فان المكلف مخير بين ايجاده في السطح او في داخل المسجد وفي أي مكان منه .

وكذلك اذا أجر أحدا بخياطة ثوبه مطلقا أو في شهر خاص وهكذا و هكذا فالمقصود أن ماذكرناه من تصوير بيع الكلي في المعيّن ليس معنى بعيدا عن العرف، بل اعتبارات العقلاء مساعدة عليه و كذلك اعتبار الشارع

كما عرفت فاغتنم .

وقد ورد فى رواية(١) الاطنان ما يدل على جواز بيع الكلى كماعرفت

وبالجملة لا بأس من الالتزام ببيع الكلى ثبوتا واثباتا بعد ماساعده الاعتبار العقلائى وورد عليه الرواية .

مسألة: لو باع صاعاً من صبرة

قوله : مسألة : لو باع صاعا من صبرة فهل ينزل على الوجه الاول من الوجوه الثلاثة المتقدمة ؟

أقول : اذا باع صاعا من صبرة معينة فتارة يعلم مقصود المتبايعين من الخارج وانهما ارادوا أحدا من الاشاعة او الكليّا فيحمل عليه سواء قلنا بكون اللفظ ظاهرا فى الكلى أو فى الاشاعة ، كما أنه لو علم عدم توافقهما فى القصد فيحكم بالبطلان بأن أراد البايع الاشاعة وأراد المشترى الكلى أو بالعكس ، فانه لم يرد الايجاب و القبول على محلّ واحد ولا يفرق فى ذلك كله بين كون المقصود لكل منهما ظاهر اللفظ أو لا ، بل لا يفرق فيه بين الصحيح و الغلط حتى لو قال المطلق و اراد المقيد فلابأس فيه مع فهم المشترى المراد كما اذا قال بعتك دارا فكان غرضه الدار المعين لما عرفت من عدم اعتبار اللفظ الصريح ، بل الصحيح فى متعلقات العقود .

وبالجملة لو علم مراد المتبايعين من الخارج انهما ارادا الاشاعة أو الكلى سواء أتيا كلاهما بلفظ مطلق أو مقيد صريح أو غير صريح صحيح أو

---

(١) وسائل : ج ١٢ ص ٢٧٢ باب ١٩ ، بريد بن معاوية .

غير صحيح فلا كلام فى صحة ذلك كما لا شبهة فى بطلانه اذ اراد أحدهما الكلى وأراد الاخر الاشاعة فانه لم يرد الايجاب و القبول على مورد واحد وأيضا لا يفرق فيه بين الاتيان بلفظ صريح أو غيره كما عرفت ·

وانما الكلام فيما اذا شك فى ذلك ولم يعلم أن أيّا من المعنيين اراده البايع وأن أيّا منها اراده المشترى ،وذلك اما لعدم العلم بما قصداه من ذلك الايجاب و القبول لنسيان ونحوه أو لموت البايع أو المشترى أوكليهما ولم يعلم الوارث أن أيّا من المعنين قصداه أو وقع التداعى بينهم فادعى أحدهما كون المقصود اشاعة وادعى الاخر كون المقصود كّليا و سيأتى التعرض للثمرة بين المعنين ·

والظاهر هو حمل اللفظ على الكلى فى المعيّن لوجهين ،الاول للرواية المتقدمة فى بيع الاطنان من أنبار القصب فانه سأله السائل عن حكمه اذا احترقت و لم يبق الآ مقدار حق المشترى فأجاب(ع) بأنه للمشترى و لم يستفصل فى ذلك بين انهما قصدا الاشاعة أو قصدا الكلى ، بل حكم بكون الباقى للمشترى جزما فكشف من حكمه هذا أن لفظ صاع من صبرة ظاهر فى الكلى وتوهم أن ظهور اللفظ فى الاشاعة وانما حكم الامام(ع) بكونه كليا للتعبد توهم فاسد فان الشركة وعدم الشركة ليست امرا تعبديّا وبالجملة فحكم الامام(ع) بكون الباقى للمشترى يدل على أنه(ع) فهم من ظاهر اللفظ الكلية فقط فأجاب عن حكمه و لم يستفصل فى السؤال أصلا ·

الوجه الثانى : أن الظاهر من العناوين المأخوذة فى موضوعات الاحكام سواء كانت تكليفية أو وضعية لها موضوعية فى نفسها وليست طريقة الى الواقع و الى اعتبار شىء آخر ،وقد اشر الى هذا فى بيع الغرر كما عرفت فى حمل العنوان على الحكمة أو العلة ·

فالظاهر من قول البایع بعتك صاعا من صبرة أو منّا من الحنطة الموجودة هو ارادة المن بما هو من والصاع بما هو صاع من هذه الصبرة بحیث لا یکون مقیدا بخصوصیة الا کونه من الصبرة الموجودة و مضافا الی صرف الوجود وأما الخصوصیة الزائدة عن ذلك فلا من غیر أن یکون طریقا الی ارادة أحد الکسور من الثلث و الربع و النصف و نحوها من الکسور المتصورة المتخصصة بالخصوصیات الخاصة الخارجیة فانه خلاف الظاهر من لفظ المن و الصاع و الملغی عنهما جمیع الخصوصیات الاّ الاضافة الی صرف الوجود من الصبرة المعینة فقط.

و بالجملة أن مقتضی الظاهر من لفظ المنّ هو الکلی العاری من جمیع الخصوصیات الاّ اضافة الی صرف الوجود من الصبرة المعینة الخارجیة فان ظاهر حفظ العنوان یقتضی کونه موضوعا للحکم ولا یکون ذلك موضوعا للحکم الا بلحاظ أنه کلی و دعوی الاشاعة یقتضی کون لفظ المنّ أو الصاع اشارة الی الکسور من الربع و النصف و نحوه فان عنوان الاشاعة بأحد هذه الکسور و نسبته لا بعنوان المنّ و الصاع و نحوهما کما لا یخفی.

و قد یقال أن الظاهر من لفظ صاع من صبرة هو الفرد المنتشر کما هو مقتضی الظاهر من التنوین التنکیر.

و فیه أولا قد عرفت أن ارادة الفرد المنتشر غیر معقول فی نفسه.

وثانیا : أنه لا کلیة لذلك اذ ربما یکون اللفظ خالیا عن التنوین کما اذا قال بالاضافة أو اللام کقولك بعتك صاع من الصبرة أو المنّ من الحنطة ونحو ذلك.

و ثالثا : أن هذا التنوین لیس بتنوین تنکیر، بل هو تنوین تمکّن وأما التنوین التنکیر فهو یدل باسماء الأفعال کص و مه.

و أما ثمرة القول بكونه ظاهرا فى الكلية أو الاشاعة فذكر المصنف فارقين لا بأس بهما ،الاول أن تعيين المبيع من الصبرة فى يد البايع ، فان المفروض أن المشترى لا يملك الآ الطبيعة لمعراة من جميع الخصوصيات الآ الخصوصية الخاصة وهى كونها مضافة الى صرف الوجود من صاع هذه الصبرة الموجودة فى الخارج وعليه فليس له الآ أن يطالب ما ملكه من صياع هذه الصبرة كما أنه كذلك اذا ملك أحد على كلى فى ذمة شخص فانه لا يملك الآ الكلى فقط المضاف الى ذمة المديون أو البايع فليس له يطالبه من حصّة خاصة ومن كومة معينة ·

و بالجملة أن كل ذى حق له ان يطالب حقه ممن عليه الحق بمقدار حقه فليس له مطالبة الزائد ومن الواضح أن المشترى يملك مطالبة كلى الصاع من هذه الصبرة وأما كونه من هذا الطرف أو من ذلك الطرف فلا ·

و ما نحن فيه نظير طلب الطبيعة من المكلف فانه اذا أمره بايجاد الطبيعة فليس له مطالبة خصوصية زائدة غير ايجادها و اذا اقبح على العبد بانك لماذا لم تمتثل بايجاد الطبيعة بخصوصية خاصة فيتحج عليه العبد بحكم العقلاء أنك لم تكن مستحقا لمطالبة الزائد من ايجاد الطبيعة نعم لوكان هنا دليل آخر يدل على ايجاد الطبيعة بخصوصية خاصة وراء الأمر بأصل الطبيعة فللمولا أن يحتج على عبده بذلك على ترك الامتثال بالخصوصيات الزائدة وليس للعبد ح أن يقول أن الامر بالطبيعة لا يقتض الآ الامتثال بالطبيعة فقط وهكذا الامر فى أوامر الشارع بأجمعها ·

هذا على تقدير الكلية وأما بناء على الاشاعة فلا اختيار لاحدهما بوجه لحصول الشركة ،فيحتاج القسمة الى التراض كسائر الاموال المشتركة

الثمرة الثانية أنه بناء على الكلية اذا تلفت الصبرة بأجمعها ولم يبق

منها الا مقدار حق المشترى فيكون الباقى له وليس للبايع فيه حق و هذا بخلافه على الاشاعة فان التالف و الباقى بينهما سيّان .

و الوجه فى ذلك قد عرفت أن ما يملكه المشترى ليس الاّ الطبيعة المعراة عن الخصوصيات الاّ اضافته الى صرف الوجود من الصبرة الموجودة فى الخارج فمادام أنه قابل الانطباق على صياع الصبرة لم يذهب من حقه شىء كما عرفت ذلك من الرواية الاّ اذا تلف المجموع فانه ح ينطبق الكلى على التالف أيضا فيكون المورد من صغريات التلف قبل القبض فيفسخ البيع .

وأما على الاشاعة فان الفرض أن حق كل من البايع والمشترى على نحو الاشاعة فى الصبرة فيكون التالف منهما معا لثبوت حق المشترى فى كل جزء فمع القبض والاقباض يذهب المبيع من كيس البايع وبدونه ينفسخ البيع و هذا واضح جدا فماذكره المصنف فى محلّه وتمت الثمرة .

ثم انه ذكر المصنف أنه لو فرضنا أن البايع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليّا أخر فالظاهر أنه اذا بقى صاع واحد كان للاول لأن الكلى المبيع ثانيا انما هو مشاعة فى مال البايع و هو ما عدا الصاع من الصبرة فاذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ماكان الكلى فيه ساريا فقد تلف المبيع الثانى قبل القبض و هذا بخلاف ما لو قلنا بالاشاعة وقد قوّاه شيخنا الاستاذ وقال أن الباقى ينطبق على ملك المشترى الاول و يجرى حكم تلف المبيع قبل قبضه بالنسبة الى صاع المشترى الثانى ، لان الصاع الثانى يسرى كلية الى ماعدى الصاع الاول و هذا بخلافه على الاشاعة .

و لكن التحقيق أن الباقى لا ينطبق عليه ملك المشترى الاول ، و توضيح ذلك أنا ذكرنا فى مبحث علم الاجمالى من الأصول أن الصفات

الحقيقية الموجودة فى أفق النفس يصحّ أن تتعلق بالعناوين الجامعة للافراد المتشتتة وقابلة الانطباق على كل واحد منها على سبيل البدلية من غير أن يكون لنفس العنوان الجامعى واقعية فى الخارج ، بل واقعيته بنفس الاعتبار بمعنى أن المعلوم ليس أمرا معينا فى الخارج بحيث ينكشف بعد العلم كونه معلوما فى الخارج ، بل المعلوم هو الامر الاعتبارى الجامع بين الافراد و المنطبق عليها على سبيل البدلية مثلا اذا علمنا بنجاسه أحد هذين الكأسين فالصفة النفسانية قد تعلقت بالعنوان الجامع بين الكأسين أعنى عنوان أحدهما بحيث انه قابل الانطباق على كل فرد منهما على سبيل البدلية من غير أن يكون لهذا العنوان واقعية أصلا فى الخارج بل قوامه بانطباقه على الافراد فاذا علمنا بعد ذلك أن النجاسة انما هى موجودة فى الكأس الشرقى دون الغربى فلا ينكشف من ذلك أن الكأس الشرقى من الاول متعلق لهذا العلم أو علم اجمالا بكون أحد الكأسين بولا أو خمرا فعلم بعد ذلك تفصيلا كون هذا الكأس المعين بولا فانه لا ينكشف من ذلك أن المعلوم من الاول بولية هذا الكأس ، بل المعلوم فى جميع موارد علم الاجمالى انما هو عنوان أحدهما وكذلك القدرة وسائر الاوصاف النفسانية مثلا لو كان أحد متمكنا من أكل أحد الرغيفين دون كلاهما معا أو على التدريج فانه اذا أكل واحدا منهما لا ينكشف من الاول أنه لم يكن قادرا الآ على أكل هذا الخبز فقط دون الاخر ، بل هو من الاول كان قادرا لهذا وقادرا لذلك أيضا فاذا صح تعلق الاوصاف الحقيقة على العناوين الاعتبارية فتعلق الاوصاف الاعتبارية عليها بمكان من الامكان .

و توضيح ذلك أن الملكية ليست من الامور الموجودة فى الخارج كسائر الاعراض الموجودة فيه ، وانما هى اعتبار اضافة المملوك الى المالك ونسبته

اليه وانما الموجود في الخارج متعلق هذه الاضافة من الامورات التكونية أو الكليات الاعتبارية فهذا الامر الاعتباري كما يصح أن يتعلق بالاعيان الخارجية فكك يصح أن يتعلق بالامور الاعتبارية التي لا واقعية لها أصلا الاّ الاعتبار المحض فاذا باع صاعا من صبرة من شخص فقد ملك كليّا وأمرا اعتباريا جامعا للافراد الخارجية على سبيل البدلية و قابل الانطباق عليها كذلك من غير أن يكون المشتري مالكا للخصوصيات بحيث أن للمالك تطبيق ذلك الجامع أيا من الافراد الموجودة في الخارج و هذا معنى تمليك الطبيعة وحفظ الخصوصيات في ملك نفسه واذا طبقه على فرد منها وعيّنه في الخارج لا ينكشف منه أن المملوك من الاول كان هو هذا الفرد المعين والاّ فمعناه أن الخصوصية كانت مملوكة للمشتري وهوخلاف المفروض في بقائها في ملك البايع وانما المملوك كان هو الجامع و البايع باختياره طبقه على الفرد المعين واسقطه عن الانطباق على جميع الأفراد ٠

وعليه فاذا باع صاعين كليين من الصبرة من شخصين فانطباق كل منهما على صرف الوجود من كل واحد من صباع تلك الصبرة على حد سواء و ليس لاحدهما مزيّة على الاخر بوجه ٠

وعليه فلاوجه لماذكره المصنف من انه في صورة بيع صاعين من شخصين مع تلف الصبرة و بقاء صاع واحد فقط يكون الباقي للمشتري الاول فقط لأن مملوك المشتري الثاني ينطبق على غير الصاع الذي انطبق عليه مملوك المشتري الاول و هذا نظير ما اذا باع صاعين من الصبرة من شخص واحد فهل يتوهم أحد أن كل واحد من صاعين يكون منطبقا على غير ما انطبقه الاخر ، بل انطباق كل منهما على كل من صياع الصبرة على حد سواء ، كما هو واضح ٠

وعلى هذا فنسبة الصاع الباقى الى كل من المشتريين على حد سواء وح فهل الباقى بتمامه ملك للمشترى الاول أو بتمامه ملك للمشترى الثانى أو يكون لأحدهما فقط بتعيين المالك البايع أويقسم بينهما بالنصف أما كونه ملكا لهما معا على نحو الاستقلال والتمام فغير محتمل جزما لانه لا يعقل ان يكون الشىء الواحد مملوكا لاثنين على نحو الاستقلال ·

وأما كون اختيار التعيين تحت يد البايع فهو أيضا واضح البطلان فانه انما يكون كذلك اذا كانت الخصوصيات باقية تحت ملكه كما اذا كانت الصياع متعددة فانك عرفت أنه ليس للمشترى حق التعيين اصلا وانما هو راجع الى البايع فان المبيع ليس الاّ الطبيعة فالخصوصيات باقيةتحت ملكه الاختيار فى تعيين ذلك الكلى باىّ فرد شاء وهذا بخلافه هنا فانه مع تلف الصبرة وبقاء صاع واحد ينحصر الحق بالمشترى ويرتفع مملوك البايع أصلا فانه انما كان فيما يكون له اختيار تطبيق الكلى بهذا أو بذلك فمع التلف وبقاء الصاع الواحد ارتفع موضوع هذا الاختيار أصلا ولم يبق له ملكية فى هذا الفرد بوجه وقد عرفت قريبا أنه لا يعقل أن يكون شىء واحد مملوكا لشخصين فصاعدا على نحو الاستقلال ·

وأما التنصيف فهو الحق فانك عرفت عدم معقولية ملكية كليهما على الباقى وتخصيص احدهما دون الاخر تخصيص بلا مخصص اذ ليس فى البين مرجح الاّ مجرد سبق الزمانى فهو فى نفسه لا يكون مرجحا فلابدمن القول بالتبعيض فيكون لكل من المشتريتين النصف لما عرفت مرارا أنه اذا كان المبيع مركبا من الاجزاء فيكون البيع منحلا اليها حسب تعدد الاجزاء فح ان كانت الهيئة الاجتماعية دخيلة فى ازدياد الثمن فيكون للمشترى خيار تبعض الصفقة والا فلا خيار له أيضا ·

و بالجملة فعمدة غرضنا أنه لا وجه لتخصيص الباقی بالمشتری الاول و القول ببطلان البيع الثانی و انفساخه لكونه من صغريات التلف قبل القبض بدعوی منع انطباق الكلی الثانی علی جميع الصياع، بل انما يكون انطباقه علی غير الصاع من هذه الصبرة كما لا يخفی. فافهم.

و قد انتهی الكلام الی أنه اذا باع صاعا من صيرة من شخص ثم باع صاعا من صبرة من شخص آخر فتلف الصبرة و لم يبقی منها الا صاع واحد فهل يكون ذلك للمشتری الاول كما اختار المصنف أو ينفسخ العقد فيهما معا ويعود الباقی الی ملك المالك الاول أو يتخير المالك الاول بين أن يعطيه من المشتری الاول أو من المشتری الثانی أو يحكم بالتنصيف فذكر المصنف أنه يتعين للاول و قد عرفت أنه لا وجه له فان كل من المشتريين قد ملكا كليّا من صياع الصبرة الذی قابل الانطباق علی جميع الصياع و سار شريكا فيها فنسبة كل منهما الی كل من الافراد علی حد سواء بحيث أن للبايع الذی ملك الكلی الساری و حفظ الخصوصيات أن يطبق كل من الكليين علی أیّ فرد من الافراد شاء فاذا تلفت الصبرة ولم يبق الا صاع واحد فبأی مرجح يتمحض ذلك بالمشتری الاول مع أنا فرضنا أن مملوك كل منهما ليس الاّ الكلی الساری فتخصيص الباقی بالاول بلا مخصص ومرجح فانه ليس فی البين مرجح الا السبق الزمانی وكون المشتری الاول أسبق من البيع للمشتری الثانی فلا دليل علی كونه مرجحا فی البين.

وأما كون التخيير تحت يد البايع فهو واضح البطلان فانه بعد ما خرج المبيع عن ملكه فأی اختيار له فی ذلك و توهم أن الخصوصيات كانت مملوكة له فله تمليكها بایّ منهما شاء توهم فاسد فانه لا يعقل تمليك العين عارية عن الخصوصيات اذ لا وجود للعين الخالی عنها فی الخارج فأن الشئ

اذا تشخص ووجد فى الخارج خرج عن الكلية واذا لم يتخصص بخصوصية لا يعقل وجوده فى الخارج فبالشرط فى ضمن العقد يشترط المشترى على البايع أن يملك البايع الخصوصيات أيضا أى اذا تعين حقه فى شىء تكون الخصوصيات أيضا للمشترى حتى مع كون المبيع كليّا ·

نعم مادام المبيع كلىّ فالخصوصيات تحت ملك البايع وأما مع التعين فيكون الخصوصيات أيضا كنفس العين ملكا للمشترى فليس للبايع اختيار فى اعطاء الباقى للاول أو الثانى ·

و يبقى القول اما بالانفساخ أو التبعيض و ربما يقال بالاول ، فانه لا يمكن القول بصحة كليهما ولا بصحة احدهما دون الاخر لعدم المرجح فى البين فيسقطان معا للمعارضة كما هو كذلك فى سائر العقود كما اذا باع داره أو اجرها أو وهبها من شخص وباعها وكيله من شخص آخر فى ذلك الزمان فانه يحكم فى أمثال ذلك بالتساقط ورجوع الدار الى صاحبها الاول فان العمومات تتعارض فى شمولها لكل من العقدين ·

و لكن الظاهر عدم التساقط هنا ووضوح الفرق بين ما نحن فيه وبين سائر العقود والوجه فى ذلك هو ان المعاملة الواحدة انما تنحل الى معاملات عديدة حسب انحلال المبيع سواء كانت بيعا أو اجارة أو هبة ، فالعقد الصادر من الموكل بتمام اجزائه معارض مع العقد الصادر من الوكيل فى ذلك الوقت اذ لا ترجيح فى شىء من الاجزاء لاحد الطرفين فيسقطان للمعارضة وعدم امكان شمول العمومات لاحدهما دون الاخر لكونه ترجيحا بلا مرجح ·

و بالجملة أن العقد الصادر من الوكيل انما يبتلى بالمانع الذى هو العقد الصادر من الموكل و بالعكس فكل منهما يمنع عن وقوع الاخر فيعارض

شمول العموم لكل منهما مع شمولها للاخر فيتساقطان لعدم الترجيح بلا مرجح .

و هذا بخلافه فى المقام فانك عرفت أن ما بيع لكل من المشتريين أمر كلى قابل الانطباق على جميع الافراد و كذلك اجزاء المبيع ففى هنا بيوع متعددة حسب تعدد المبيع بالانحلال و كل مبيع فى كل بيع قابل الانطباق على جميع أجزاء الصبرة من غير أن يكون بينهما تزاحم و تمانع أصلا كما كان كذلك فى سائر العقود فى الفرض المذكور و لكن اذا تلفت الصبرة ولم يبق الاّ الصاع الواحد فيسقط المبيع الكلى من الطرفين عن السريان وينحصر ما ينطبق عليه الكليان بالفرد الواحد وح فكل من البيعين يتعارضان فى الانطباق الى الموجود الخارجى الذى هو فرد من الصاع من حيث المجموع للمعارضة ولكن انطباق حق كل من المشتريين بنصف الصاع فلا معارضة بينهما فيحكم بالتبعيض فالعمومات تشمل على البيعين بالنسبة الى النصف بلامعارضة وليس للبايع أن يعطى مجموع الصاع لاحدهما دون الاخر لعدم بقاء الاختيار له بالنسبة الى المجموع نعم بالنسبة الى النصفين فاختياره باق على حاله فله أن يعطه لاحدهما هذا النصف وللاخر ذلك وبالعكس و هذا واضح لا شبهة فيه واما ثبوت الخيار فقد اشرنا اليه ويأتى تفصيل الكلام فيه فى الخيارات .

ثم ذكر المصنف فرعا أخر لبيان الثمرة وهو أنه أن المبيع انما يبقى كليّا ما لم يقبض و أما اذا قبض فان قبض منفرد عما عداه كل مختصا بالمشترى وان قبض فى ضمن الباقى بأن أقبضه البايع مجموع الصبرة فيكون بعضه وفاء والباقى أمانة حصلت الشركة لحصول ماله فى يده وعدم توقفه على تعيين واقباض حتى يخرج التالف عن قابلية تملك المشترى له فعلا

و ينحصر حقه فى الباقى فح حساب التالف على البايع دون المشترى ترجيح بلامرجح فيحسب عليهما الى أن قال ، نعم لو لم يكن اقباض البايع للمجموع على وجه الايفاء ، بل على وجه التوكيل فى التعيين أو على وجه الامانـ حتى يعيّن البايع بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض .

أقول : أن هنا امران ولا نتجاسر على المصنف أنهما قد اختلطا .

الاول : أن التلف بعد القبض انما يحسب على المشترى و عليه ، فاذا أقبض البايع مجموع الصبرة من المشترى فأثره أنه لو تلفت الصبرة بكلها يكون المبيع أيضا تالفا ولا يكون مثل التلف قبل القبض فيحكم بالانفساخ .

الثانى : تعيين المبيع الكلى و تطبيقه على فرد خاص وعدم تعيين ذلك فانه على الاول فيكون تلف كل من المال المعين على صاحبه وأما مع عدم التعين فلاوجه لكون التالف عليهما مع كون المبيع كليًا كما هو المفروض فان مجرّد اقباض المبيع على كليته لا يوجب انقلابه الى الشركة ، بل انما قبضه المشترى على سريانه أى أنه باقى على سريانه الاولية مثلا كانت الصبرة عشرة اصوع فباع مالكها صاعا منها ثم أقبضه مجموع الصبرة فانه لا يـوجـب تعيين حقه أو قلبه الى الاشاعة فانه بأى موجب زالت ملكيه البايـع علـى الخصوصيات الموجبة لكونه مختارا فى تطبيق حق المشترى بأى فرد شاء .

و توهم أن المشترى و ان ملك كليا ولكنه مالك له مع خصوصية ، فان مقتضى الشرط الضمنى هو ذلك فانه انما يشترى صاعا من الصبرة ليستقل فى التصرف فيه لا أن يكون باقيا على كليته و هذا الشرط موجود فى ضمن العقد .

و هو توهم فاسد فانه وان كان صحيحا فى أصل الاشتراط ولكن لا يقتضى ذلك تعين حق المشترى بصاع خاص ثم انقلابه الى الاشاعة و قد

عرفت أنه يمكن أن يقبض المشترى المبيع على كليته فانه مع أخذ الصبرة مجموعا يأخذ المبيع أيضا لكونه موجودا فى ضمن الصبرة كما أنه مع التعين يكون موجودا فى ضمن الفرد الشخصى فان الكلى الطبيعى موجود بوجود الفرد .

و بالجملة أن المبيع كان هو الكلى السارى فهو باق على حاله فلا يخرج عن السريان بقبض المشترى كما لا يخفى .

نعم لو بدل الكلى بالاجزاء على نحو الاشاعة بمعاملة جديدة فيحكم بالاشاعة فيصح ماذكره المصنف و لكنه لا يمكن بدون المعاملة الجديدة فان خروج الخصوصيات عن ملك البايع وخروج الكلى عن ملك المشترى و تبدل كل منهما بالاخر يحتاج الى دليل فهو منتف فى الخارج ونحن لا ندعى الاستحالة بل ندعى عدم الدليل على هذا ،فافهم .

و كيف كان فلافرق فيما ذكرناه من التحقيق بين ما قبل القبض و ما بعده بوجه .

و أما ماذكره من أنه لو اقبضه على نحو الامانة فهو متين فان البايع مالك لجميع الخصوصيات مع الصبرة فاذا باع صاعا منها فله أن يطبق هذا الكلى بأى فرد شاء فاذا أقبضها من المشترى مجموعا لتكون أمانة عنده فلا يوجب ذلك خروج الخصوصيات عن ملكه فانه بلاموجب فانه لم يقبضها بعنوان اقباض الحق ،بل الامانة وح فاذا تلفت الصبرة أجمع فيكون حكمها حكم التلف قبل القبض .

لوباع ثمرة شجرات و استثنى منها ارطالا معلوما

قوله : و انما الاشكال فى أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات و

استثنى منها ارطالا معلومة أنه لوخاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه و ظاهر ذلك تنزيل الارطال المستثناة على الاشاعة.

أقول: قدعرفت أنه ذكر المصنف أنه لو باع صاعا من الصبرة أو منّا من الحنطة فيحمل على الكلي، ويكون المبيع هنا كلي المنّ و كلي الصاع ملغى عنه الخصوصيات الساري على جميع امنان الصبرة وأصواعه و رتب عليه أنه لو تلفت الصبرة ولم يبق الاّ بقدر الصاع و المنّ فيحسب التالف على البايع لكونه تلفا قبل القبض.

ثم ذكر ان ظاهر الفقهاء في بيع ثمرة الشجرات واستثناء أرطال معلومة منها على خلاف ماذكرناه فانهم ذكروا هنا أنه لو خاست الثمرة فيحسب التالف على البايع و المشتري و سقط من المستثنى بحسابه وقد ذكروا للتفصي عن هذه العويصة وجوها :-

الاول: أن الفارق بين المسألتين هو النص فان الصحيحة الواردة في بيع الاطنان من القصب قد دلّت على حمل بيع الصاع من الصبرة على الكلي، والاّ فمقتضى ظهور اللفظ هو الاشاعة في كلا المسألتين.

و يرد عليه وجوه مع تسليم الحمل على الاشاعة في بيع الكلي مع انا لم نسلم ذلك، وقلنا بأن ظاهر اللفظ هو الكلي مع ورود النص عليه كما عرفت.

الاول: ماذكره المصنف (ره) من أنه ان كان النص واردا على طبق القاعدة كما هو الظاهر، فان الظاهر أن الامام (ع) اجاب على طبق المتفاهم العرفي لزم التعدي منه الى مسألة استثناء، فانه لافرق بينهما الاّ أن مسألة الاستثناء على عكس مسألتنا، هذا و هو بانفراده لا يوجب الفرق بينهما و ان كان واردا على خلاف القاعدة و التعبد المحض فلا يجوز التعدي من مورده أعني بيع القصب الى غيره، بل من غير المشتغلين فهل يتبع حينئذ

كبيع الصاع من صبرة الحنطة و الشعير و نحوهما .

و يمكن الجواب عنه بدعوى القطع بعدم الفرق بين بيع القصب و بيع الحنطة فانهما من واد واحد، لانا نقطع بانه لو كان السائل يسأل الامام (عليه السلام) عن بيع عشرة آلاف ارطال من الحنطة من ارطال و تلفت الا عشرة آلاف فأجاب الامام (ع) بمثل ما أجابه فى بيع القصب .

الجواب الثانى : ماذكره المصنف فى آخر كلامه من أنه لوقلنا بالاشاعة للزم عدم جواز تصرف المشترى فى الثمرة الا باذن البايع كما هو مقتضى الشركة مع أنه لم يعلم من الاصحاب الحكم بعدم جواز تصرف المشترى الا باذن البايع، بل يجوز له التصرف فى الثمرة .

و ثالثا : ما أشار اليه المصنف أيضا من أن لازم الحمل على الاشاعة أنه لو تلف مقدار من الثمرة بتفريط المشترى كان ضامنا للبايع فى حصة من التالف و يكونان شريكين بالنسبة الى الباقى مع انهم حكموا بوجوب اداء المستثنى تماما من الباقى فهو لا يجتمع مع الاشاعة، بل مع الكلية كما لا يخفى .

و رابعا : يلزم أن يكون النص واردا على خلاف ما قصده المتبايعان فان لازم ظهور النص فى الاشاعة وخروج مسألة بيع الاطنان من القصب على خلاف القاعدة للنص يلزم أن يحكم الامام (ع) على خلاف ما قصدا من العقد فهو لا يمكن فانه لو فرضنا أن السائل كان يصرح بالاشاعة كان يحكم الامام (عليه السلام) بكون المبيع كليا وقد مرّ مرارا عديدة أنه أمر غير معهود .

الثانى : أن مقتضى ظاهر اللفظ فى المسألتين هو حمل الصاع على الكلى الا أنه قام الاجماع على الحمل على الاشاعة فى مسألة الاستثناء .

و فيه أولا : أن الاجماع ليس بنفسه حجة بل لكونه كاشفا عن دليل معتبر ،و نحن نقطع بانتفائه فى المقام وعدم استنادهم اليه ·

و ثانيا : يرد عليه ما أوردناه على الوجه الاول من الوجوه الثلاثة الاخرة ·

الثالث: أن الفارق بين حمل الصاع على الكلى فى المقام وبين حمله على الاشاعة فى مسألة الاستثناء و نظائره كالزكاة التى يحسب التالف فيها على المالك و الفقراء أن الفارق هو اعتبار القبض فى لزوم البيع و وجوبه على البايع فى بيع الكلى فمادام يمكن دفع المبيع الى المشترى يجب الاقباض و من الواضح أنه مع بقاء فرد يمكن انطباق الكلى عليه ، يجب الاقباض كما فى بيع الكلى فى الذمة و هذا بخلافه فى مسألة الاستثناء و الزكاة ·

و فيه أولا : ماذكره المصنف من أنه مضافا الى تحقق ايجاب القبض فى مسألتى الزكاة و الاستثناء أن وجوب الاقباض ولزوم العقد مسلم و لكن لا دليل لوجوب الاقباض فى اللزوم بوجه ،ولا نفهم معنى هذه العبارة كما لم يفهمه المصنف ،وان ايجاب القبض على البايع فرع كون المبيع كليّا ومنطبقا على الباقى فانه مع عدم البقاء كلا أو بعضا لا يبقى موضوع لوجوب الاقباض لانفساخ العقد ·

و بعبارة أخرى حكم حمل المبيع على الاشاعة هو انفساخ العقد فى المقدار التالف وعدم بقاء الموضوع لوجوب الاقباض و حكم حمله على الكلى هو بقاء المبيع ووجوب دفعه الى المشترى و اقباضه منه هذا بحسب الكبرى

و أما احراز الصغرى و اثبات أنه محمول على الاشاعة أو على الكلى فلابدّ و ان يتحقق من الخارج فاثبات الكلية بوجوب الاقباض الذى فرع على

الكلية مصادرة واضحة .

و ثانيا : أن دليل اخص من المدعى فانا نفرض موردا يكون المبيع تحت يد المشترى فى بيع الكلى اما بالاجازة أو بالامانة أو بالعارية ، أو بالغصب ، فح فالمبيع تحت يد المشترى فلاموضوع لوجوب الاقباض أصلا ومن هنا يعلم أن قياس المقام ببيع الكلى فى الذمة فرع احراز الكلية كما لا يخفى .

و أما قياس الاستثناء بالزكاة ، ففى غير محله اذ ليس الفقير شريكا مع المالك فى المال الزكوى كما حقق فى محله .

الرابع : ماذكره فى مفتاح الكرامة من ابداء الطرق بين المسألتين بدعوى أن التلف من الصبرة فى المسألة السابقة أعنى بيع الكلى انما هو قبل القبض فيكون على البايع و يلزم عليه مع ذلك أن يسلم من الباقى تمام المبيع فانه لم يذهب منه على المشترى شىء لاجل التلف و هذا بخلاف مسألة الاستثناء فان التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشترى ، أما على الاشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما و لهذا لم يحكم بضمان المشترى هنا بخلاف البايع هناك فانه حكم بضمانه هناك .

وبعبارة أخرى أن المشترى فى بيع الكلى يتلقى الملك من البايع فمادام فى البين مصداق للكلى المبيع لينطبق عليه ذلك الكلى فيجب اقباضه باقباض المصداق ، و هذا بخلاف الاستثناء ، فان المستثنى فيه من الاول باقى فى ملك البايع فلا يجب التسليم و الاقباض والايفاء أصلا فيكون التلف عليهما لكون كل منهما مالكا للخصوصيات .

و بعبارة ثالثة : أنه يدعى أن المبيع فى المقامين هو الكلى .

و الجواب عنه : أولا : من تبعية وجوب الاقباض بكون المبيع كليا ومتفرعا

عليه وعدم كونه نحو الاشاعة فاثبات الكلية بوجوب الاقباض مصادرة واضحة

وثانيا : أن الدليل أخص من المدعى فان تفرض المبيع تحت يد المشترى فى بيع الكلى اما بالغصب أو بغيره كما تقدم.

وثالثا : بناء على الاشاعة فى مسألة الاستثناء لا يجوز للمشترى أن يتصرف فى الثمرة الا باذن البايع ومع اتلافه مقدارا منها فيكون ضامنا لحصة البايع مع اشتراكهم فى البقية كما ذكره المصنف.

ورابعا : ماذكره المصنف من أنه ان كان المراد من التلف بعد القبض أى بعد قبض المشترى فلاشبهة أن البايع لا يضمن التالف من حق المشترى وانما الاشكال فى الفرق بين المسألتين.

وان أريد منه أن الكلى الذى يملكه البايع تحت يده بعد العقد ، فحصل الاشتراك عنده فاذا دفعه الى المشترى فدفع مالا مشتركا اليه ، فح أيضا يبقى سؤال الفرق بين قولنا بعتك صاعا من الصبرة وبين قولنا بعتك ثمرة البستان الا ارطالا معلومة فكلاهما من واد واحد فلماذا حصل الاشتراك فى الثانى دون الاول فان كون المجموع تحت يد البايع لا يوجب الاشتراك ولا يرد على المصنف أنك قلت بحصول الاشتراك فى بيع الكلى باقباض البايع مجموع الصبرة فلماذا لا يحصل الاشتراك هنا بكون مجموع الثمرة تحت يد البايع، فالبايع هنا بعينه مثل المشترى هناك.

فانا نقول ان المصنف قد التزم هنا بالاشتراك لمكان الاقباض فان اقباض المالك الكلى يوجب تمليك الخصوصية وتمليك الخصوصية موجبة للاشتراك بخلافه هنا نعم لو كانت الثمرة تحت يد المشترى وهو يقبض البايع مجموع الثمرة فحصل الاشتراك فحصل الفرق بين المقامين وان لم نقبل ماذكره المصنف وقلنا ان اعطاء الصبرة للمشترى باجمعها لايوجب الاشتراك

كما عرفت .

الجواب الخامس : ماذكره المحقق الايروانى أن الذى ينبغى مقايسته من مسألة الارطال بمسألة بيع صاع من الصبرة هو المبيع وهوماعدا الارطال دون نفس الارطال التى لم تقع عليه المعاملة فان مكانة الارطال هنامكانة بقية الصبرة مما عدا صاع منها من تلك المسألة و مكانة ما عدا الارطال هنا مكانة الصاع من تلك المسألة فان المعاملة وقعت على ما عدا الارطال فيكون المبيع كليّا فمقتضى القاعدة هنا كون التلف على البايع و لكن حيث كان التلف بعد القبض مع كون حق البايع من الارطال منتشرا فى المجموع فيكون التلف منهما .

و فيه أولا : أنه خلاف المتفاهم العرفى فانه لو ألقى هذا الكلام لأحد لا يفهم منه الاّ كون المستثنى منه ملكا للمشترى بجميع الخصوصيات بحيث قد ملكه البايع العين بجميع الخصوصية فلاوجه لكون المستثنى منه أيضا كليا .

و ثانيا : يرد عليه مما تقدم من عدم جواز تصرف المشترى فى المجموع الاّ باذن البايع و حساب التالف عليهما حتى لو كان المتلف هو المشترى و كون البقية بينهما سيان غاية الامر أن المشترى يضمن للبايع فى حصته فى صورة الاتلاف .

قوله : ويمكن أن يقال ان بناء المشهور فى مسألة استثنا الارطال أن كان على عدم الاشاعة .

أقول : هذا هو الوجه من الاجوبة قد أجاب به المصنف على تقديرى الكلى و الاشاعة أما على الاول كما هو الظاهر فلأن المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشايع فيما يسلم للمشترى لا مطلقه الموجود وقت البيع و هذا الجواب بظاهره يعطى خلاف المقصود فان الاشكال كان فى حمل

بيع صاع من الصبرة فى المسألة السابقة فظاهرها المنافات لبيع الثمرة واستثناء الأرطال المعينه حيث ذكر الفقهاء أن التالف يحسب عليهما فان هذا ظاهر فى الحمل على الاشاعة و ظاهر ما ذكره المصنف هنا هو عدم حساب التالف عليهما ، بل على المشترى فلايكون هنا تنافى مع المسألة السابقة مع أن المشهور حكموا بكون التالف عليهما و لعله سقط فى كلامه و أنه أراد ما سنذكره من الجواب .

و أما على الثانى فأجاب بان المستثنى كما يكون ظاهرا فى الكلى كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل الى المشترى بالبيع كليّا بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلى يقع عليه البيع فمعنى بعتك هذه الصبرة الّا صاعا منها بعتك الكلى الخارجى الذى هو المجموع المخرج عنه الصاع فهو كلى كنفس الصاع فكل منهما مالك لعنوان كلى فالموجود مشترك بينهما لان نسبته كل جزء منه الى كل منهما على نهج سواء فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مرجح و كذا التالف نسبته اليهما على حد السواء فيحسب عليهما ، و هذا بخلاف ما اذا كان المبيع كليّا فان مال البايع ليس ملحوظا بعنوان كلى فى قولنا بعتك صاعا من هذه الصبرة اذ لم يقع موضوع الحكم فى هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلى كنفس الصاع .

مثلا اذا كان عنده خمسين رطلا من الطعام فباعه الا عشرة أرطال فان هذه العشرة تكون كلية فاذا كانت كلية فتكون المستثنى منه قهرا كليا أيضا فالمال الموجود فى الخارج مشترك بينهما على الاشاعة فيكون التالف عليهما .

و فيه أولا : أنه لا وجه لكون المستثنى منه كليّا اذ البايع كان مالكا للارطال مع الخصوصيات فاذا باعها من شخص الّا أرطالا معلومة فتكون

الخصوصيات ملكا للمشترى و الاّ يلزم أن تبقى مال بلا مالك أو تكون ملكا لشخص آخر بلا سبب ملك، فكل ذلك لا يمكن الالتزام به على أن هذا لا يرفع الآشكال و هو أنه على الاشاعة كيف يجوز للمشترى أن يتصرف فى المجموع بلا اذن البايع الشريك مع انهم افتوا بجوازه و أنه مع الاتلاف من المشترى كيف يحسب عليه و يكون حق البايع فى الباقى مع أن مقتضى الشركة كون التالف عليهما و ضمان المشترى على حصة البايع و كونهما شريكين فى الباقى أيضا و لعله التفت بعدم صحته و قال أن هذا ما خطرببالى عاجلا و لعل غيرنا يأتى باحسن من هذا، وقد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ اليه ذهنى القاصر الى نظر الناظر البصير الخبير الماهر عفى الله عن الزلل فى المعاثر.

و بالجملة لم يتحصل لنا من الاجوبة التى لاحظناها ما يرفع الاشكال و يوجب جواز الجمع بين حساب التالف عليهما و جواز تصرف المشترى فى المجموع و كون التالف عليه فى صورة اتلافه فلابد فى المقام من جواب يجمع بين هذه الامور الثلاثة.

و الذى ينبغى أن يقال و لعله هو محتمل الجواب الاول للمصنف و أن المستثنى هو الارطال المعلومة بعنوان الكسر الكلى كما هو الظاهر من اضافة من مجموع ما سلم للمشترى دون مجموع المال و ليس المستثنى هو الكسر المشاع بل الامر كذلك حتى مع التعبير عنه بلفظ المن و الصاع و الرطل و نحوها فان الظهور العرفى منها و ان كان عنوان الكلى منها بنفسها و لكن الارتكاز جار على كونها على أحد النسبه الممكنة فى الصبرة كواحد من المائة مثلا مما سلم بحيث يكون الباقى و التالف بينهما سيان و هذا لا ينافى الكلية كما هو واضح.

و توضيح ذلك أن بيع الكسر الكلى يتصور فى مرحلة الثبوت على أقسام ثلاثة :ـ

الاول الكسر الى المبيع كقولك بعتك نصف الصبرة أو ربعها مثلا أو غيرهما من الكسور أن يكون على نحو القضية الخارجية كما اذا قال بعتك ربع هذه الصبرة فان المبيع هنا كسر كلى على نحو القضية الخارجية فانه موجود فى هذه الصبرة بعنوان الكلية دون الاشاعة فان ربع هذه الصبرة أمر كلى لانه قابل الانطباق على هذا الطرف و ذلك الطرف من اليمنى أو اليسرى أو الفوق أو التحت، الى غير ذلك مما يكون فردا لهذا الكلى و يكون هو قابل الانطباق عليه من الافراد المتصورة ·

الثانى : أن يكون المبيع كسرا كليا و لكن لا بنحو القضية الخارجية ، بل بعنوان القضية الحقيقية و هذا المعنى و ان لم يجر فى البيع لكونه موجبا للجهالة و الغرر ولكن يمكن جريانه فى باب الوصية و ان لم يعهد فيها هذا الوجه أيضا ،لان المعهود فى الوصية هو الوجه الثالث و لكن لو أوصى أحد كذلك فلا محذور فيه شرعا كما اذا اوصى بان كلما يكون مالا لى فربعه على نحو الكسر الكلى لفلان ،فان هذه قضية حقيقية تنطبق على ربع كل مال حصل فى يد الموصى فيكون للموصى له بنحو الكلية لا بنحو الشركة ·

الثالث: أن يكون أيضا كليّا على نحو القضية الخارجية و لكن تكون فى حصة خاصة و هذا أيضا لا يمكن فى البيع للجهالة و الغرر ولكنموجود فى باب الوصية جدا بحيث لو اوصى أحد كك فلا محذور فيه،وان كان يحتاج الى القرائن فى مقام الاثبات و ان كانت هو الارتكاز كما يمكن دعواه فى الوصية و البيع فان الارتكاز على ذلك بل الامر كك فى باب الوصية غالبا

و الشركة على نحو الاشاعة فيها نادرة جدا كما إذا اوصى لزيد ربع ما يسلم للورثة على نحو الكسر الكلى بمعنى أن كما اجتمع أموالى تحت يد الورثة فربعه لزيد على نحو الكلى دون الاشاعة و هذا المعنى كما عرفت موجود فى باب الوصية فان من اوصى ربع ماله لفلان فليس معناه أنه شريك مع الورثة على الاشاعة و لو بقرينة الارتكاز ولا أن ربع مجموع المال الأعم مما يسلم و مما لا يسلم له و الا فربما يكون ما يحصل من التركة للموصى له مجموعا بل معناه أن ربعه الكسرى الكلى الذى يسلم من التلف و الظاهر أنه لا يشك أحد فى صحة ذلك الكلام فى هذا المعنى و لو بالارتكاز العقلائى فى باب الوصية بل عليه جريان السيرة العملية ما لم تكن تصريح على خلافه من الشركة على نحو الاشاعة.

و بالجملة الذى ذكرناه لاغبار فيه ثبوتا و ان كان يحتاج الى القرائن فى مقام الاثبات فان غرضنا تصحيح هذا المعنى فقط فى عالم الثبوت ففى مقام الاثبات فيتبع لسان الدليل كما لا يخفى أو القرائن الخارجية كما فى باب الوصية وكذلك فيما نحن فيه لشهادة الارتكاز على ذلك.

اذا عرفت ذلك فندعى جريان ذلك فى مسألة الاستثناء فان قول القائل بعتك مجموع الثمرة الا ارطالا معلومة معناه بعتك مجموعها كسرا كليّا مما يسلم و هو الواحد فى المائة أو العشرة أو أقل أو اكثر، مثلا فيكون عنوان الرطل معرّفا الى ذلك الكسر الكلى ففى الحقيقة أن البايع يستثنى من العشر مثلا واحدا مما يبقى من الثمرة للمشترى الذى يسمى كسرا كليّا و يجعل عنوان الرطل أو المنّ أو الصاع معرّفا اليه و هذا و ان كان فى نفسه على خلاف الظاهر فان ظهور المن أو الرطل و نحوهما فى الكلى فى المعيّن و حملها على الكسر الكلى على خلاف الظاهر و لكن قامت القرينة

على ماذكرناه والارتكاز فانه قائم على ارادةماذكرناه من مثل هذا الكلام (بعتك الثمرة الاّ ارطالا معلومة) فان الارتكاز العقلائى محقق على أن المراد منه هو الكسر الكلى مما يسلم و يتحصل للمشترى من الثمرة دون الشركة و الاشاعة و لا الكلى فى مجموع الثمرة بحيث أن ما يسلم للمشترى لو كان بمقدار المستثنى يكون المجموع للبايع، بل هو الكسر الكلى أى حد معيّن من حد معين كالواحد من المائة مثلا .

وعلى هذا فنسلم من جميع الاشكالات فانه لو تلفت الثمرةبآفةسماوية يكون التالف عليهما فان حق البايع الكسر الكلى مما سالم للمشترىوالتالف خارج بحسب الارتكاز ولو اتلفه المشترى كان حق البايع من الباقى ،فان التالف مما يسلم فهو باختياره اتلفه و يجوز للمشترى التصرف فى مجموع الثمرة لان البايع ليس شريكا فى الثمرة حتى يحتاج تصرفه الى الاجازة و كان لفظ الكسر قبل لفظ الكلى فى عبارة المصنف لكان عين ماذكرناه و كان (أن المتبادر من الكلى المستثنى هو الكسر الكلى الشايع فيما يسلم للمشترى لا مطلق الموجود وقت البيع) و لعله كان كذلك و قد سقط من عبارته والله العالم ،و لا يلزم كون المعاملة غررية أو كون المبيع مجهولا فان المبيع معلوم وهو مجموع الثمرة و ما استثنى من مجموع الثمرة أيضا معلوم ، فالتلف انما يرد على المستثنى والمستثنى منه المعلومين لا أن المبيع هو الباقى بعد التلف ليكون مجهولا أو غرريا كما هو واضح .

و يمكن الجواب بوجه آخر بأن يقال أن قولك بعتك مجموع الثمرةهذا البستان الاّ عشرة أرطالا أن كل واحد من المستثنى والمستثنىمنهيتحللان الى الاجزاء فكانه قال بعتك عشرة الا واحدا فيكون مفاد ذلكأن المستثنى من كل عشرة واحدة مثلا بنحو الكلى فى المعين وهكذا الى ان ينتهى

كلما يتصور من الاجزاء التحليلية والفرق بين هذا و الوجه الاول هوأن فى الاول كان المشترى جائز التصرف فى المجموع لأن حق البايع كان كليا بخلافه هنا فانه لا يجوز له التصرف فى المجموع فان المفروض أن الواحد من كل عشرة مثلا للبايع فبالتصرف فى العشرة قطعا ينصرف فى حق البايع أيضا ،ولكن الشرط الضمنى موجود على جواز التصرف فى المجموع.

وعلى هذا فيرتفع الاشكال أيضا ويجتمع الامور الثلاثة أما كون التالف عليهما فلما ذكرنا كون المستثنى و المستثنى منه منحلين الى الاجزاء وأن من كل جزء جزء كالواحد من العشرة فاذا تلفت العشرة فيتلف من كل منهما جزء كما هو واضح.

و أما أنه يجوز للمشترى التصرف فى المجموع فلما عرفت من كون الشرط الضمنى على ذلك.

و أما أنه مع اتلاف المشترى من الثمرة شيئا فيكون حق البايع من الباقى فهو أيضا للشرط الضمنى و هذان الوجهان خصوصا الثالث على خلاف الظهور بمكان و لكن الذى يسهل الخطب أن الغرض لتصوير كلام القوم فى مسألة استثناء الارطال المعلومة من المبيع على نحو لا يكون منافيا لحمل بيع صاع من الصبرة على الكلى فى المعيّن.

ثم لا يخفى عليك أنه يمكن الجواب بحمل الارطال على الاشاعة و الجواب عن عدم جواز تصرف المشترى فى المجموع و كون حق البايع من الباقى مع اتلاف المشترى مقدارا منه بالشرط الضمنى كما عرفته فى الوجه الثانى هذا ما عندنا و لعل غيرنا يأتى بما هو أحسن من ذلك كما ذكر المصنف بقوله هذا ما خطر عاجلا بالبال و قد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ اليه ذهنى القاصر الى نظر الناظر البصير الخبير الماهر

عفى الله عن الزلل فى المعاثر ·

الكلام فى اقسام بيع الصبرة

قوله : قال فى الروضة تبعا للمحكى عن حواشى الشهيد أنّ أقسام بيع الصبرة عشرة ·

أقول : حاصل ما ذكره الشهيد أن أقسام بيع الصبرة المعلومةخمسة و باضافة خمسة أقسام للبيع الصبرة المجهولة فتكون الاقسام عشرة أما أقسام الصبرة المعلومة :ــ

فالاول : أن يبيع مجموع الصبرة فهذا لا شبهة فى صحته لا نهلا تطرقه شىء من الموانع الموجبة للبطلان ·

الثانى :أن يبيع نصفها على نحو الا شاعة ·

الثالث: يبيع مقدار منها كصاع تشتمل عليه الصبرة ،وهذا هو بيع الكلى فى المعيّن الذى تقدم الكلام فيه مفصلا ،وقلنا انه لا شبهة فى صحته أيضا ·

الرابع: بيع مجموع الصبرة على حساب كل صاع منها بكذا وهذاأيضا لااشكال فى صحته فان المبيع أمر معلوم وكذلك الثمن فلا شىء هنا يوجب البطلان ·

الخامس : أن يبيع كل صاع منها بكذا و نظير كذلك ما ذكرهالعلامة فى بعض كتبه من الاجازة كأن قال الموجر أجرتك الدار كل شهر بكذا ،و قد وقع مثل هذه الاجازة محل الكلام بين الاعلام هل هى صحيحة أم لا و مرادهم وقوع الخلاف فى غير الشهر الاول ،فان صحة الاجارة فى الشهر

متيقن كما ذكره العلامة من صحة الاجارة فى الشهر الاول لتضمن هذا القول اجارة هذا الشهر يقينا و المقام أيضا كذلك فلازم كلامهم فى الاجارة كون البيع صحيحا فى صاع واحد لكونه متيقنا من هذا الكلام من غير أن يقترنه ما يوجب البطلان و أما فى غير صاع الواحد فيحكم بالبطلان لكون المبيع مجهولا اذ لا يعلم أنه أى مقدار فان المبيع هو كل صاع من الصبرة أى مقدار منها يريد المشترى ومن الواضح أن عنوان كل صاع منها بكذا أمر مجهول ،وهكذا فى المعدود ولكن قد حكم شيخنا الاستاذ على البطلان فى كلا المقامين لان تردد متعلق العقد بين الاقل و الاكثر يقتضى الجهل به فيكون باطلا ولكن ظاهر الكلام أن الاجارة فى هذا الشهر و ما بعده فيكون العقد فى الشهر الاول أو فى الصاع الواحد صحيحا كما هو واضح على ما عرفت و ليس هذا مثل سابقه فان المبيع فيه مجموع الصبرة ، و انما يتعين مقدار الثمن بالصاع فانه باع مجموع الصبرة على حساب كل صاع بكذا كما هو واضح ،وهذا بخلافه هنا فان المبيع فى المقام هو كل صاع مع الجهل بأن البايع أى مقدار يريد أن يأخذ منها .

و بالجملة أن مجموع أقسام بيع الصبرة صحيحة الا القسم الخامس فان كل ما يعتبر فى البيع و المبيع من عدم الغرر و الجهالة ووجود الكيل و الوزن و غيرها من الشرائط كلّها محققة فيه ،وأما الخامس فقد عرفت بطلانه لجهالة المبيع كما هو واضح .

و أما اذا كانت الصبرة مجهولة فيبطل بيع مجموعها للجهالة والغرر ولاعتبار الكيل والوزن و العد فى المكيل و الموزون و المعدود فكلها منتفية فى ذلك وكذلك يبطل بيع جزء منها فان المجموع اذا كان مجهولا فيكون الجزء منها كالنصف و الربع و التسع أيضا مجهولا و اذا بطل فى المجموع

بطل فى الجزء أيضا وكذلك يبطل بيع كل قفيز أو صاع منها بكذا فانه كان فى فرض معلومية الصبرة باطلا فكيف اذا كانت مجهولا ٠

وأما بيع مجموع الصبرة على حساب كل صاع منها بكذا فحكم المصنف وشيخنا الاستاد بالبطلان هنا للجهالة والغرر ولكن الظاهر هو الصحة هنا لعدم جريان شئ من الموانع فيه أما الغرر فمنفى جزما فان المفروض أن كل من البايع والمشترى عالمان بما يأخذه من الاخر غاية الامر لا يعلمان كل منهما أن أى مقدار يدخل فى كيسه وأى مقدار يخرج منه وأما ان الخارج والداخل على سبيل المجازفة ليكون غررا فلا ، بل كل من الثمن والمثمن يدخل فى ملك الاخر على ميزانه ومن الواضح انه لا دليل على كون مثل هذه الجهالة موجبة للبطلان ، وأما سائر الجهات المعتبرة فى البيع من الكيل والوزن والعدد وغيرها فكلها موجود فيه ، ومع ذلك فأى وجه للحكم بالبطلان ، بل قد تقدم سابقا أنه يصح تبديل مقدار الارز بمقدار من الحنطة مع الجهل بالمقدار لعدم الغرر ولكن النصوص الدالة على اعتبار الكيل والوزن فى المكيل والموزون اوجب البطلان ٠

وبالجملة أن المستفاد من الروايات الواردة فى اعتبار الكيل والوزن أن بيع المجازفة باطل ، ومقابله عدم المجازفة ومن الواضح أن بيع الصبرة المجهولة على حساب كل صاع بدرهم بحيث يكون الخارج من ملك كل منهما والداخل فيه معلوما ليس بيع جزاف بل بيع على الميزان غاية الامر لا يعلم كل منهما أن أى مقدار يخرج من كيسه وأى مقدار يدخل فى كيسه وهذا مقدار من الجهالة لا دليل على كونها مبطلة ٠

وأما بيع صاع منها بكذا فهو بيع الكلى من الصبرة فأيضا لا شبهة فى صحته وان لم يعلم مقدار الصبرة فان الجهل بها يوجب الجهل بنسبة

المبيع اليها باحدى الكسور و هذا المقدار من الجهالة لا دليل على كونها موجبة للبطلان ،كما لا يخفى ٠

و حاصل الكلام أن أقسام بيع الصبرة المعلومة خمسة ، و أقسامها المجهولة أيضا خمسة ويشترك بعضها مع بعض ويفترقان فى بعض الاقسام أما بيع الصبرة مجموعا على حساب كل صاع بدرهم فلاشبهة فى صحته سواء كانت الصبرة معلومة أو مجهولة وأما فى صورة العلم بمقدار الصبرة فواضح وأما مع الجهل بها و ان اشكل فيه المصنف وشيخنا الاستاذ ولكن الظاهر هو الصحة فى صورة الجهل أيضا اذ لا دليل على البطلان بوجه كما عرفت و مجرد كون المتبايعين جاهلين بمقدار مايدخل فى كيسهما ويخرج عنه لا يوجب البطلان اذ لا دليل عليه كما عرفت٠

و أما بيع كل صاع بكذا من الصبرة فلاشبهة فى فساده لجهالة المبيع و مجرد كونه معلوما عند الله لا يصحح البيع اذ لا يعلم كل منهما أن الثمن و المثمن أى مقدار ففى مثل ذلك لا يعتبر العقلاء الملكية أيضا فانه يتوقف على ما يقوم به الاضافة فالمبيع لا يعلم أنه أى مقدار حتى يعتبروا الملكية عليه نعم فللصحة فى صاع واحد وجه فان الظاهر من مثل هذا الكلام كونه متيقن الارادة فيكون معلوما كما هو كذلك فى الاجارة أيضا ولا يفرق فى ذلك بين كون الصبرة معلومة أومجهولة فان المبيع ليس هو مجموع الصبرة ، بل كل صاع ولا يقاس هذا بصورة بيع الصبرة على حساب كل صاع بكذا فان المبيع هو مجموع الصبرة و ذكر الصاع لبيان الميزان للثمن و تقديره ٠

و أما بيع مجموع الصبرة أو نصفها أو ثلثها مثلا فلاشبهة فى صحته فيما اذا كانت الصبرة معلومة اذ ليس فيه شىء مما يوجب البطلان و أما فيما اذا كانت الصبرة مجهولة فلاشبهة فى البطلان للجهالة والغرر وكونه

جزاف فلابد من تقديره بالكيل و الوزن و العد ونحوها .

و أما بيع صاع من الصبرة على نحو الكلى فأيضا لا شبهةفىصحتهسواء كانت الصبرة معلومة أو مجهولة أما فى صورة العلم بهافواضح كما تقدم الكلام فيه مفصلا وكذا فى صورة الجهل بها اذ ليس فيه غرر وجهالة الآمن جهة نسبة المبيع الى مجموع الصبرة أنها بالنصف أو بغيره و هذا لا يوجب البطلان .

نعم وقع النزاع فى أنه هل يعتبر فى صحة البيع العلم باشتمال الصبرة عليه أم لا ،ظاهر شيخنا الاستاذ نعم من جهة أن عدم العلم بوجود المبيع من اعظم انحاء الغرر ولكن الظاهر عدم الاعتبار وفاقا لشيخنا الانصارى و ذلك لوجهين :ـ

الاول ماافاده شيخنا الانصارى من أنه لا غرر فى ذلك بوجه لا من جهة رفع الغرر بالخيار ،بل لعدمه فى نفسه و ان قيل أن عدم العلم بوجود المبيع من أعظم انحاء الغرر وتوضيح ذلك أنه اذا باع بشرط أنه اذا لم تشتمل عليه الصبرة فيكون له الخيار فهذا لا شبهة فى صحه و ليس له غررا اصلا فانه مع عدم ظهوره كك يكون له الخيار ،بل يجوز له البيع معلقا على وجود المبيع فانه مع عدمه يكون له الخيار ولا يضر التعليق هنا فانه انما يضر اذا كان معلقا على أمر خارجى لا على وجود المبيع فانه ارتكازى ذكر أم لا ، فضلا عن البطلان و توهم أن الخيار لا يرفع الغرر فهو حق فيماكان الخيار ثابتا بالتعبد لا بجعل المتعالمين أو بالشروط الضمنية فانهيرتفع الغرر بمثل ذلك .

و بالجملة أن المقام نظير ما باع مايحاذى بمائة دينار بدينارين مع الخيار فانه ليس له ضرر فى ذلك أصلا لكونه مخيرا فى الابقاء والامضاء ،

وانما يكون عليه ضرر اذا باعكك لزوما وبدون الخيار ، بل يصح البيع على تقدير الوجود من غير علم به اصلا لعدم الغرر فيه وليس مثل بيع الطر فى الهواء والسمك فى الماء فانه باطل لكونه بيعا منجزّا وعلى كل حال فليس التعليق موجبا للبطلان ، فان التعليق على وجود المبيع من الامور المرتكزة المقطوعة ومن الشروط الضمنية فيكون خارجا عن معقد الاجماع القائم على بطلان التعليق فى العقود .

الثانى : أنك عرفت مرارا أن البيع الواحد ينحل الى بيوع عديدة باعتبار انحلال المبيع ، وعليه فاذا باع وزنة من الصبرة مع الجهل باشتمالها عليها فظهر انها غير مشتملة عليها فيكون البيع صحيحا فى المقدار الذى موجود فى الصبرة ويبطل فى الباقى فيكون من قبيل ضم الصحيح بالباطل كبيع مال نفسه مع مال غيره وبيع الخل مع الخمر وبيع الغنم مع الخنزير .

واما ثبوت الخيار وعدم ثبوته للمشترى فيتوقف على أن الهيئة الاجتماعية دخيلة فى زيادة المالية كمصراعى الباب وجلدى اللعمتو اللغة وجوزى الخف ونحوها أم لا ، فعلى الاول فيثبت له خيار تبعض الصفقة ، وعلى الثانى فلا ، وذلك لما سيأتى فى باب الخيارات أن ثبوت غير الخيارات التعبدية كخيار المجلس والحيوان والعيب انما هو بأحد أمرين أحدهما بالاشتراط والثانى بكون الهية الاجتماعية دخيلة فى زيادة الثمن كالأمثلة المتقدمة .

الكلام فى بيع العين على المشاهدة السابقة

قوله : مسألة اذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليها فان

اقتضت العادة تغيّرها عن صفاتها السابقة الى غيرها المجهول عند المتبايعين فلا يصحّ البيع الاّ بذكر صفات.

أقول : اذا شاهد العين فى زمان سابق فهل يجوز بيعها أم لا ؟ فيقع الكلام فى مقامين ،الاول : فى صحة البيع وعدمه ،الثانى : فى ثبوت الخيار مع التخلف وعدمه.

أما المقام الاول : فنقول انه تارة نقتض العادة بعدم التغير ، فلا شبهة فى صحة ولا خلاف فيها كما اذا شاهدها قبل ساعة أو ساعتين فان العادة جارية على بقائها عن الحالة التى شوهد عليها كما اذا شاهد جارية قبل شهر فاشترها بعد الشهر ،فان العادة جارية على بقائها فى تلك الحالة الاولية.

و اخرى أن العادة تقتضى عدم بقائها على الحالة الاولية كما اذا شاهد الجارية قبل أربعين سنة فى سن عشرين ووجدها جميلة و قوية البصر و السمع على الخياطة و سائر الصنايع و بعد مضى الاربعين يريد أن يشتريها بتلك المشاهدة فان العادة جارية على تغيرها قطعاوكونها عجوزة نهيبة بالية وضعيفة البصر وقبيحة المنظره ،وهذا لا شبهةفى بطلانه أيضا و كلاهما خارجان عن محل الكلام.

و انما مورد النزاع مايشك فى بقائها على تلك الحالة الاولية و عدم بقائها لعدم جريان العادة بشىء فيها فهل يجوز البيع هنا ، عملا بالاستصحاب لكونه من الطرق العقلائية المتعارفة من غير ذكر شىء من الصفات أم لا ؟ فقد حكم المصنف بالصحة للاعتماد على الاصل المذكور وقد اشكل عليه شيخنا الاستاذ لعدم اعتبار الاستصحاب هنا لأن الاثر لم يترتب على الواقع ،بل على احراز الصفات كانت فى الواقع أو لم تكن ، فان

ارتفاع الغرر من آثار العلم بوجود هذه الصفات فاستصحاب بقاء الصفات لا أثر له.

ويرد عليه أنه مخالف لما بنى عليه فى الاصول من قيام الاصول مقام القطع الطريقى المحض و القطع الموضوعى كليهما فح فلا مانع من ترتب الآثار المترتبة على احراز الصفات كانت فى الواقع أو لم تكن، ولكن الذى يرد على الاستصحاب أن الاثار هنا لا تترتب على الصفات الواقعية ولا على احراز الصفات الواقعية اعنى العلم بكون العين على الصفات التى شوهدت عليها و انما من اللوازم العقلية لاحراز الصفات الواقعية توافقت أم لا؟ وذلك من جهة أن الاثر هنا هو عدم الغرر فهو من لوازم احراز الصفات الواقعية لا من أثارها الشرعية وعليه فاستصحاب بقاء العين على صفاتها السابقة لا يثبت عدم الغرر الآ على القول بالاصل المثبت، وقد قلنا بعدم حجيته و على هذا فلا يصحّ البيع مع الاكتفاء على المشاهدة السابقة مع الشك فى تغيرها وعدم تغيرها هذه هى الجهة الاولى.

الجهة الثانية: اذا قلنا بصحة المعاملة مع الاكتفاء بالرؤية السابقة فاذا ظهر المبيع على خلاف ما شوهد سابقا فهل يحكم بالصحة بدون الخيار أو بالصحة مع الخيار للبايع، فى صورة الزياد وللمشترى فى صورة النقيصة أو يحكم بالبطلان وجوه، فذكر العلامة (ره) على ما نسب اليه أن البيع يكون باطلا.

فان كان غرضه من ذلك أن البيع انما يقع على الصفات و يبذل الثمن بازائها كما هو ظاهر الكلام المنسوب اليه من أن ماقصد لم يقع و ما وقع لم يقصد فيرد عليه أنه قلنا مرارا أن الثمن لا يبذل بازاء الصفات، حتى الصفات التى تعد فى نظر العرف من الصفات النوعية كصفحة الرجولة و

الانوثية وان كانتا فى الواقع من الاعراض وانما الأوصاف دخيلة فى ازدياد الثمن و زيادة المالية فى الموصوف والذى يقع فى مقابل الثمن انما هو الموصوف فقط و عليه فلا وجه للحكم بأن ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد ٠

نعم ، لو كانت الاوصاف فى الصور النوعية ووقع البيع بانيا عليها فظهر الخلاف فيكون البيع باطلا لعدم المبيع ، فان ما وقع عليه العقد لم يبع و ما بيع لم يكن موجودا و هذا غير كون الثمن واقعا فى مقابل الاوصاف ٠

و ان كان غرضه أن العقد مشروط بالشرط و هو الوصف الذى وقع عليه العقد لأن تخلّف الوصف بمنزلة تخلّف الشرط و مرجع كل منهما الى الاخر ، فاذا انتفى الشرط انتفى المشروط ٠

و فيه أن فيه خلط واضح بين اطلاقى الشرط فانه تارة يطلق و يراد منه ما هو جزء العلة و من اجزائها الناقصة فهو صحيح ، فانّ العلة لا تؤثر فى المعلول الا بتمامية جميع اجزائها ولكنه غير مربوط بالمقام ، فان العقد غير معلق بذلك الوصف بحيث يكون الوصف المذكور من اجزاء علته ، و الاّ لبطل من غير ناحية انتفاء الشرط و هو قيام الاجماع على بطلان التعليق فى العقود كما هو واضح ٠

و تارة يطلق ويراد ما به المقصود فى باب المعاملات من اشتراط شيء فى العقد من غير توقف العقد عليه وجودا و عدما بل هو التزام آخر فى ضمن الالتزام العقدى فقد مر مرارا و سيأتى مفصّلا انشاء اللّه تعالى أن انتفاء الشروط لا يوجب البطلان و انما يوجب ثبوت الخيار للمشروط له و كيف كان لا وجه لما احتمله العلامة (ره) من بطلان العقد مع ظهور المبيع على خلاف المشاهدة السابقة ويبقى احتمال الصحة بدون الخيار ، و احتمالها مع الخيار وقد يقال بالصحة واللزوم بدون الخيار ، فان الوصف

الغير المذكور فى متن العقد لا أثر له و ان وقع العقد مبنيّاعليه كالشروط البنائية التى لا توجب تخلّفها شيئا أصلا ·

فأجاب عنه المصنف بأنه فرق بين الشروط التى تكون مأخوذ تفى العقد بدون الذكر و بين الشروط الخارجية التى لا تؤخذ فى العقد الآ بالذكر فالاوصاف التى المرئية الدخيلة فى صحة البيع من قبيل الاول فحكمها حكم الاشتراط فى العقد كما لا يخفى ·

و قد أوضحها شيخنا الاستاذ بأن الاوصاف و الشروط على أقسام أربعة :ــ

الاول : أن يكون الوصف أو الشرط مذكورا فى ضمن العقد و هذا لا اشكال فى أن تخلفه يوجب الخيار ·

الثانى : أن يكون مأخوذا فى العقد بالارتكاز العقلائى و بالدلالة الالتزامية من غير أن يكون مذكورا فى العقد وهو ما يكون بناء العرف و العادة نوعا عليه كاشتراط كون النقد نقد البلد و تساوى المالين فى المالية و اشتراط عدم كونها معيبا و اشتراط التسليم و التسلم و اشتراط كون المعاملة نقدية و اشتراط كون التسليم و التسلم فى بلد العقد فبانتفاء شىء من تلك الشروط يثبت الخيار للمشروط له و تسمى تلك الشروط بالشروط الضمنية فلا اشكال فى أن تخلفها يوجب الخيار سواء ذكرت فى ضمن العقد أم لا ،فلو قال البايع بعد بيع الحنطة أنا أسلّمها فى المزرعة الفلانية ،فان الحنطة فيها رخصة فلا يسمع بل يثبت الخيار للمشترى لتخلف الشرط الضمنى·

الثالث : ما يتوقف عليه صحة المعاملة كالوصف الذى لو لا وجوده لزم منه الغرر مثلا كموضوع البحث و هذا و ان لم يكن من الاوصاف النوعية الآ أنه داخل فى كبرى الحكم فان بانتفائه ينتفى العقد لانه اذا فرض كونه مما

يتوقف عليه صحة المعاملة ومن الشروط الراجعة الى العوضين وفرضنا أن المتعاقدين اوقعا العقد مبنيّا عليه فلو لم يكن أولى من الالتزامات النوعية فلاأقل من كونه مساويا لها من حيث دخولها تحت الالتزامات، و بالجملة الشروط التى توقف عليها صحة العقد معتبرةفى العقد وبانتفائها يبطل العقد سواء ذكر فى العقد أم لا.

الرابع: الوصف الخارجى الشخصى الذى لا يعتبر فى العقد الاّ بالذكر فلا يكفى فيه مجرد البناء عليه من المتعاقدين حين البيع فلايوجب تخلفه الخيار بوجه.

فتحصل أن الاوصاف التى وقع العقد بانيا عليها ان كانت من الاوصاف النوعية أو الاوصاف الشخصية الدخيلة فىصحةالعقدعليها فتخرج عن الشروط البنائية فتدخل فى الالتزام العقدى فما نحن فيه من قبيل القسم الثالث الذى يتوقف عليه صحة العقد و ما لا يوجب تخلفهالخيار الاّ بالشرط فى العقد هو القسم الرابع أى الوصف الشخصى الخارجى الذى هو أجنبى عن العقد فلايدخل فيه بالبناء عليهفتحصل أن العقد يصح مع الخيار فاذا تخلف عما هو عليه ثبت له الخيار.

و الحاصل: أنه اذا وقع العقد على المشاهدة السابقةفظهرالخلاف فهل يحكم بالصحة أوبالبطلان و مع القول بالصحة هل يكون صحيحا بدون الخيار أو معه، وجوه، فأختار العلامة البطلان، لان ما وقع لم يقصد وماقصد لم يقع، وقد اجبنا عنه بأن الواقع قد قصد فان العقد وقع على الموصوف و هو المقصود والالتزامات الشرطية غير الالتزامات العقدية، بل هى داخلة فيها فلا يوجب التخلف الاّ بالخيار.

و أما القول بالصحة بدون الخيار فمن جهةأن الشروط الغير المذكورة

فى متن العقد غير واجبة الوفاء فلايوجب تخلفها الخيار .

وقد أجاب عنه الشيخ (ره) بأنه فرق بين الشروط التى يقع العقد بانيا عليها أى تسمى بشروط الصحة وبين الشروط الخارجية الشخصيةفانه على الاول يوجب التخلف الخيار دون الثانى .

و قد اوضحه شيخنا الاستاذ وحاصله أن مايكون دخيلافىصحةالعقد فوقع العقد بانيا عليه فيكون تخلفه موجبا للخيار نظير تخلف الشروط الخارجية المذكورة في ضمن العقد ، بل الاول أولى بكونه مستلزما للخيار من الثانى .

و ماذكره الشيخ و المصنف لا يخلو عن مناقشة صغرى و كبرى . أما الصغرى فلانه يصح البيع مع الاكتفاء بالرؤية السابقة اذا حصل الاطمينان ببقاء العين على الاوصاف المرئية من غير أن يبنيان على بقائها على تلك الأوصاف و مع التخلّف يثبت لهما الخيار أما للبايع فى فرض الزيادة و أما للمشترى فى فرض النقيصة فلو كان البناء على الاوصاف السابقة مشروطافى صحة البيع وعدم البناء موجبا للبطلان ، فلازمه بطلان البيع هنا مع أنه صحيح فالصغرى ليس بتمام .

و كذلك يصحّ البيع فى هذه الصورة أى مع الاطمينان بالاوصاف السابقة مع التبرى من جميع مايوجب الخيار مع أنه لو كان البناءعلىالاوصاف السابقة شرطا فى صحة البيع لم يصحّ ذلك .

و كذلك لو اخبر البايع بأوصاف المبيع و حصل الاطمينان للمشترىمن قولهفاشترى اطمينانا عليه فانه يصح البيعح مع أنهما لم يبنيانعلىالاوصاف الدخيلة فى صحة البيع و مع التخلف يثبت الخيار كما تقدم .

و كذلك يصح البيع مع الاطمينان مع التبرى من العيوب فانهأيضا يصحّ

البيع مع أنه ليس هنا بناء على الاوصاف السابقة بل يصح البيع مع التبرى حتى لو ظهر الخلاف لم يكن لهما الخيار أصلا فان البايع اسقط الخيار رأسا بل جواز البيع مع التبرى من العيوب منصوص فانه مع الاطمينان يصحّ البيع مع التبرى منه كما سيأتى فى باب الخيارات.

نعم هنا قسم ثالث فصحة البيع فيه من جهة البناء على الاوصاف الدخيلة، وهو أن يخبر البايع بكون العين حاوية للاوصاف المذكورة و لكن لم يحصل الاطمينان من قوله على ذلك، فانه ح اذا اشترى المشترى تلك العين فلابد وأن يشتريها مع البناء على الاوصاف المذكورة والآبطل البيع للغرر وليس للبايع ح التبرى هنا واسقاط الخيار، فانه ح كما عرفت يكون البيع غرريا فماذكره المصنف و شيخنا الاستاذ صحيح فى هذه الصورة فقط و أما الصورتين الاولتين ليستا كك كما لا يخفى.

و أما من حيث الكبرى فلأنه لا نعقّل معنى الاشتراط شيء فى العقد الآ كون العقد معلقا عليه أو مشروطا به أو كان الشرط ملحوظا بنفس، فانه لا معنى للتقييد بوجه فانه انما يتصور اذا كان المبيع أمرا كليا و قابلا للتضييق و التقييد كأن يبيع الحنطة الكلية تارة على نحو الاطلاق و أخر يبيعها على نحو التقييد كأن يكون من المزرعة الفلانيةوأما الامر الجزئى فلا يعقلا أن يكون مقيدا ومضيقا لان وجوده فى الخارج آخر مرتبة من التضيق وعليه فاما ان يقال ان معنى الاشتراط ليس الآ لحاظ الشرط بنفسه فهو بديهى البطلان أوكان الشرط ملحوظا بنفسه فانه أى معنى لقولك بعتك هذه الدار بشرط أن تلحظ هذا الشرط فانه لا معنى لاعتبار ذات الشرط فى العقد وكونه بذاته معتبرا فيه بان يلتزم بنفس الوصف لكونه أمرا غير اختيارى كوصف الكتابة والخياطة ونحوها فان البايع لا يبيع

الشرط ليعتبر ذاته فيه ولا أنه يقابل بالثمن كما هو واضح.

أو أكون العقد معلقا على الشرط بحيث يكون انشاء البيع على تقدير الشرط المعهود والا لم يبع اصلا فهو تعليق مجمع على بطلانه.

و أما الثانى :فهو المطلوب فيكون معنى الشرط فى العقد هو كونه مشروطا بشرط اى كون الالتزام العقدى منوطا بالالتزام الشرطى لا أن يكون دائرا مداره وجودا و عدما ليكون تعليقا بل بمعنى أن استمراره و البقاء عليه و الوقوف عليه يكون متوقفا على الشرط و يعبّر عنه فى لغة الفارس (استادن) وهذا هو المعنى اللغوى للشرط كما ذكره فى القاموس و من هنا يقال للحبل الذى يشد به العدلين على الابل أو يمتد بين الجدارين أنه شريط.

و بالجملة معنى الشرط فى العقود ربط الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى من غير أن يتوقف اصل الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى ويتوقف الوقوف الى الابد بالالتزام العقدى على وقوف المشروط عليه بالالتزام الشرطى.

و هذا المعنى من الشرط جار فى جميع الشروط فان غيرما غير معقول أو غير صحيح سواء كانت الشروط مما يتوقف عليه صحة العقد أو من الشروط الخارجية الشخصية و عليه فجميع الشروط من واد واحد فلاوجه لجعل البناء على بعض الاوصاف شرطا وان كان ذكر فى بعضها الاخر معتبر، بل ان كان البناء شرطا فهو شرط فى جميع الشروط و ان كان الذكر معتبرا ولازما و شرطا فهو كك فى جميعها فلامعنى للفرق بينهما بوجه أصلا فضلا عن كون البناء شرطا فى بعضها أولى من ذكر بعضها الاخر فى العقد فالكبرى الذى ذكره المصنف و اوضحه شيخنا الاستاد ليس بتمام.

و بالجملة فماذكره المصنف من كون البناء على الاوصاف الدخيلة في صحة البيع شرطا في صحة البيع فان البيع لا يصحّ الا مبنيا عليها و الآ فيكون باطلا دون الاوصاف الخارجية فلا وجه له كماعرفت ٠

و الذى ينبغى أن يقال أنه لم يرد نص على اعتبار البناء على الاوصاف المذكورة شرطا فى صحة العقد بل ان كان هنا ارتكاز عقلائى و التزام عرفى على اعتبار بعض الاوصاف فى المبيع بحيث يدل عليها العقد بالدلالة الالتزامية وكونها معتبرة فيه فلا شبهة فى اعتبارها فيه وكون تخلفها موجبا للخيار ككون المالين متساويين فى المالية وكون التسليم و التسلم فى بلد العقد وكون النقد نقد البلد وهكذا فان بناء العقلاء وارتكازاتهم فى أمثالها على كون العقد مشروطا بتلك الامور و أمثالها سواء ذكرت فى العقد أم لا و سواء بنى المتعاملان عليها أم لا ،بل هى معتبرة فى العقد حتى مع الغفلة عنها حين البيع فان الارتكاز قرينة قطعية على ذلك وقائمة مقام الذكر و هكذا فى كل مورد قامت القرينة على ذلك و ان كانت غير الارتكاز العقلائى و الدلالات الالتزامية فيكون تخلفها موجبا للخيار ٠

و أما فى غير تلك الموارد فان اشترط فى متن العقد فمع التخلف يثبت الخيار و ان لم يذكر فى العقد فالعقد لازم وغير مشروط بشىء سواء بناء المتعاملان عليها أم لا ، اذ لم تقم قرينة على الاعتبار مع عدم الذكر كما لا يخفى ٠

لو اختلفا البایع والمشتری فی تغیر اوصاف المبیع

قوله(ره) :فرعان :الاول : لو اختلفا فی التغیر فادعاه المشتری٠

أقول : لو وقع البیع علی المشاهدة السابقة فوقع الخلاف بین البایع و المشتری حین القبض و الاقباض فقال البایع قد عاملنا علیها علی هذه الصفة و کنت انت عالما بها وادعی المشتری أنها تغیّرت و لم أکن عالما بها مثلا اذا کان المبیع حیوانا فیقول المشتری أنه کان سمینا فیقول البایع أنه کان هزولا و وقع البیع علیه کك مع علم منك علیه٠

فهل یقدم قول البایع أو قول المشتری فقد وقع الخلاف فی تقریب أن الاصل مع البایع لیکون منکرا و یکون المشتری مدعیّا أو الأصل مع المشتری لیکون منکرا و البایع مدعیا و قد استدل علی تقدیم قول المشتری، و دعوی کون الأصل معه بوجوه کلها مخدوشة کما ذکره المصنف٠

الاول :ماذکره ابن ادریس فی السرائر من أن المشتری هوالذی ینتزع منه الثمن و لا ینتزل منه الاّ باقراره أو ببیّنة تقوم علیه ،انتهی وتبعه العلامة فی أیضا فی صورة الاختلاف فی أوصاف المبیع اذا لم یسبقه برؤیة ، حیث تمسك باصالة براءة المشتری من الثمن فلایلزمه ما یتقربه أو یثبت بالبینة٠

وأجاب عنه المصنف بأن ید المشتری علی الثمن بعد اعترافه بتحقق الناقل الصحیح ید أمانة غایة الامر أنه یدعی سلطنته علی الفسخ فلا ینفع تشبثه بالید، و یؤید ماذکره أنه لو اسقط خیاره بالفعل الذی یدعیه کان البیع لازما٠

ثم قال الا أن یقال أن وجود الناقل لا یکفی فی سلطنة البایع علی

الثمن بناء على ماذكره العلامة فى احكام الخيار من التذكرة و لم ينسب خلافه الاّ الى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن و المثمن فى مدة الخيار وان تسلم الاخر وح فالشك فى ثبوت الخيار يوجب الشك فى سلطنة البايع على أخذ الثمن فلا مدفع لهذا الوجه الا أصالة عدم سبب الخيار لو تم كما سيجئ.

و قد فرق الاستاذ بين الخيارات الزمانى المجعول لذى الخيار رفاقا و بين غيرها فحكم بتمامية القول بتقديم قول المشترى فى مقام الاختلاف فى الاول دون الثانى وحمل كلام العلامة على الاول، وذكر أن المصنف وان أورد عليه بقوله انى لا أجد لهذا الحكم وجها معتمدا ولم أجد من عنونة و تعرض لوجهه الاّ أنه يظهر منه فى خيار المجلس الحكم مفروغا عنه فقال ماحاصله أنه لو قلنا بوجوب التقابض فى عقد الصرف و السلم فثمرة الخيار واضح، وهى عدم وجوب التقابض حيث استظهر من كلامه عدم وجوب التقابض و التسليم و التسلم فى موارد خيار المجلس فكأنه مسلم فى كل مورد لم يجب التقابض و انما انكر شيخنا الاستاذ عدم تمامية المطلب فى المقام لعدم كونه من الخيارات الزمانية ولذا حمل كلام العلامة على غير المقام من خيار المجلس، و مايكون الخيار بالشرط فى زمان.

والحاصل أن شيخنا الاستاد تسلم عدم وجوب التسليم و التسلم فى زمن الخيار لكن لا فيما نحن فيه، بل فى الخيارات زمانة، و أما فى مثل المقام فحكم بعدم جواز المنع عنهما.

أقول: لو سلّمنا ثبوت الخيار فى معاملة فلا يدّل ذلك على جواز منع ذى الخيار عن تسليم الثمن أو المثمن بل له اعمال الخيار فقط فى فسخ العقد وبعد ما فسخ العقد له المنع عن تسليم العوض و أما قبل اعمال

الخیار فلایجوز له المنع عن التسلیم ،فانه تصرّف فی مال الغیر بداون اذ نه فهو حرام ،فماذکره العلامة (ره) من عدم نسبة الخلاف الاّ الی بعض الشافعیة من عدم وجوب تسلیم الثمن و المثمن فی مدة الخیار لا یمکن تصد یقه .

و کذ لك لا وجه لما ادّعاه الا ستاذ من التفصیل فانه مجرّد الدعوی و دعوی التسالم علیه محالة مضافا الی عدم حجیته و کونه مخالفا للقواعد من حرمة التصرف فی مال الغیر الاّ باذ نه .

و العجب منه (ره) حیث استظهر من کلام المصنف اختیاره ذلك من التعبیر بلو بمعنی أنه مع القول بوجوب التقابض فی عقد الصرف و السلم فاثر الخیار واضح أی لکل ذ ی خیار أن لا یسلم الثمن أو المثمن فیعلم من هذ ه العبارة أن فی موارد الخیار الزمانی لا یجب التسلیم و التسلم و لذا ذکر المصنف أنه لو قیل بوجوب التقابض فأثر الخیار ظاهر فانه یهدم الوجوب و یرفعه .

و وجه العجب أن مورد کلام المصنف اجبنی عن المقام فانه محل للتعبیر بلو فانه لا تحصل الملکیة قبل التقابض أصلا و لذا حکم المصنف بعدم وجوب التقابض مع الخیار لعدم حصول الملکیة قبل التقابض فأن التقابض مقدّم للملکیة فکیف تحصل الملکیة بدونه و هذا بخلاف المقام فان الملکیة قد حصلت غایته فلذ ی الخیار فسخها ،وأما الممانعة عن التسلیم فلا ،لما عرفت من کونه تصرفا فی مال الغیر فهو حرام علی أن د لیل أخص من المدعی فانه انما یتم فیما اذا کان الثمن فی ید المشتری وأما اذا کان دینا فی ذمة البایع فسقط بالمعاملة أو عینا مستأجرة أو عاریة فی ید ه أو مغصوبة ،فانفی هذ ه الصور لیس للمشتری ید علی الثمن حتی یقال أنه لا ینتزع منه الا بالبینة

أو بالاقرار و قد تقدم أيضا عدم بطلان العقد بتخلف الوصف سواء كان العقد مشروطا به أو المبيع مقيدا به ، بل غاية الأمر يثبت الخيار للمشروط له فلا وجه على كل حال لبطلان العقد .

الوجه الثانى : أن البايع يدعى علمه بالمبيع على هذه الوصف الموجود و الرضا به و الأصل عدمه و قد استدل بهذا العلامة فى التذكرة و أشكل عليه المصنف أولا بامكان قلب الدعوى بأن يجعل المشترى مدعيّا و البايع منكرا بدعوى أن الاصل عدم علم المشترى بالوصف الآخر كما اذا فرضنا أن البايع يقول بعتك هذا الحيوان بهذا الوصف الهزال مع علمك به و المشترى يقول اشتريت منك هذا مع وصف السمن فحيث انه يدعى وصف السمن فيكون مدعيّا و الاخر يكون منكرا أى البايع .

و ثانيا : أن علم المشترى بوصف الهزال أو وصف السمن مسبب عن وجود هذا الوصف فيه ، و عدمه فيه سابقا ، فاذا نفينا وجود الوصف بالاصل فلا تصل النوبة الى اصالة عدم علم المشترى أو البايع بشىء من تلك الاوصاف و قد ناقش شيخنا الاستاذ فى الجواب الثانى ، ولكن تسلم الجواب الاول .

و الظاهر أن كل ذلك خارج عن المقام فان ما هو المقصود فى المقام هو اشتراط العقد بشىء و عدم اشتراطه به ، و كك تقيد المبيع و عدم تقيده فاجراء أصالة عدم علم كل من المشترى أو البايع بوصف الهزال أو السمن خارج عن حدود المقام فلا يقيدنا بوجه الآ على القول بالاصل المثبت فان لازم عدم علم المشترى بوصف الهزال هو كون العقد مقيدا بوصف السمن مثلا و كذلك لازم عدم علم البايع بوصف السمن كون وصف الهزال قيدا للمبيع و شرطا للعقد و الحاصل أن العلم بالوصف و عدمه اياه خارج عن المقام أصلا .

وأما دعوى السببية و المسببية فهو أعجب من ذلك فانه لا يفيد نامجرّد السببية و المسببية فى جريان أصليهما ولا يمكن رفع موضوع الاصل المسببى بالاصل السببى بمجرد صدق الاسم ،بل لابدّ من كون الاثر شرعيا ، أى ارتفاع المسببى اثرا شرعيا للاصل السببى ففى المقام أن عدم العلم بالوصف ليس من آثار عدم وجود الوصف شرطا الآ بالوازم العقلية كما هو واضح فلا مرتفع لمنع الأصل المسببى بالسببى ،نعم اذا كان الاثر مترتبا على العلم فيصح ذلك كما هو كك فى مورد خيار العيب حيث ان الخيار انما يثبت مع العلم بالعيب فمع نفى العلم بالعيب يرتفع الخيار و أما فى المقام فالاثر مترتب على اشتراط العقد و تقييده فاصالة عدم علم أحدهما بالوصف لا يترتب عليه أثر الا على القول بالاصل المثبت .

و بالجملة أن ما افاده من الاول الى الاخر لا يمكن المساعدة عليه .

الوجه الثالث: أن الاصل عدم وصول حق المشترى اليه كما استدل به المحقق الثانى .

و قد اجاب عنه المصنف بان حق المشترى من نفس العين قد وصل اليه قطعا ولذا يجوز له امضاء العقد و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت فعليه الاثبات و المرجع اصالة لزوم العقد ،ثم قال ولاجل ماذكرنا قوى بعض تقديم قول البايع.

و قد أجاب المصنف عن أصل مسألة الاختلاف بما حاصله أن بناء المتعاقدين حين العقد على الاوصاف الملحوظة حين المشاهدة هل هو (أى البناء) كاشتراط تلك الاوصاف فى العقد بحيث تكون كالشروط المضمرة فى نفس المتعاقدين أو أن تلك الاوصاف مأخوذة فى نفس المعقود عليه بأن يكون المبيع مقيدا ولذا لا يجوز الغائها فى المعقود عليه كما يجوز الغاء غيرها من الشروط فى العقد .

فعلى الاول : يرجع النزاع فى تقيد المبيع بالوصف وعدم تقيده بما لى النزاع فى اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود حين التسليم والمرافعة على البايع وعدم اشتراطه عليه و اذن فالاصل مع البايع لأصالة عدم الاشتراط .

وعلى الثانى : فيرجع النزاع الى وقوع العقد على ما ينطبق على الشئ الموجود حتى يلزم الوفاء وعدمه و الأصل عدمه ، ولكن الظاهر هو الثانى فان المراد من لحاظ الوصف فى المبيع هو ايقاع العقد على العين الملحوظ كونه متصفا بهذا الوصف و ليس هنا عقد على العين والتزام بكونه متصفا بذلك الوصف بحيث يكون هنا التزام آخر غير الالتزام العقدى ، بل هو قيد ملحوظ فى المعقود عليه نظير الاجزاء المأخوذة فى المبيع ، و اذن فالاصل مع البايع كما ذكرناه .

ثم أورد على نفسه بان أصالة عدم وقوع العقد على ما يدعيه المشترى معارضة بأصالة عدم وقوع العقد على الشئ الموصوف بالصفة المفقودة فلا يكون أثر للأصل فى طرف البايع .

وأجاب عنه بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذاك تعلقه بهذا و قد تقرر فى الأصول أن اثبات أحد الضدين بنفى الضد الاخر من الاصول المثبتة .

و بالجملة أن مرجع النزاع الى رجوع الوصف الى الاشتراط ليكون النزاع فى مفاد ليس أو كان الناقصين أو الى التقييد ليكون النزاع فى مفاد لبس أو كان التأمين .

و تحقيق الكلام يقع فى جهتين الاولى : من حيث الكبرى من انه يقدم قول البايع فى صورة الاختلاف فيما وقع عليه العقد أو يقدم قول المشترى ، الثانية : من حيث الصغرى و هو أن المقام من قبيل التقييد أو الاشتراط .

أما الجهة الاولى : فلاشبهة أن كل من يدعى الاشتراط فباصالة عدم

فباصالة عدم الاشتراط ننفيه فيكون الاصل مع الاخر لان الاصل عدم تقيّد العقد بشرط وعلى هذا فلو ادعى كل منهما الاشتراط فيجرى الاصل فى كلا الطرفين ، فيكون المورد من قبيل التداعى ولا يفرق فى ذلك بين أن يدعى كل منهما الاشتراط مع الاعتراف بجامع واحد أم لا ، مثلا اذا باع أحد حيوانا من شخص ثم اختلفا ، فقال البايع انه كان مهزولا و قال المشترى أنه كان سمينا فان الاصل يجرى فى كل منهما فيكون المورد من قبيل التداعى .

و كذلك اذا ادعى البايع المبيع ثوب و ادعى المشترى أنه حيوان ، أو ادعى البايع أن المبيع عبد و ادعى المشترى أنه جاريه فان الاصل فى ذلك كله عدم وقوع البيع بكل منهما فيكون من قبيل التداعى هذا كله اذا كان يدعى كل منهما الاشتراط .

و بالجملة ان كل من يدعى شرطا على الاخر من المتبايعين ، فالاصل عدمه كما ذكره المصنف ، فان كان المدعى أحدهما فقط فيكون الاصل مع الاخر و ان كان كليهما مدعيّا اما مع الاتفاق على المبيع أو مع الاختلاف فيه ، فالمورد هو مورد التداعى كما لا يخفى .

و أما اذا كان أحدهما يدعى الاطلاق والاخر يدعى التقييد بان يدعى البايع كون المبيع حنطة كلية و يدعى المشترى كونه من حنطة المزرعة الفلانية فالظاهر هنا أيضا هو تعارض الاصول حتى بناء على جريان العدم الازلى فى ناحية المقيد و تحقيق ذلك أنك قد عرفت فى علم الاصول فى مبحث التعبدى و التوصلى و غيره أن الاهمال فى الواقع مستحيل فلابدّ و ان يكون الملحوظ اما مطلقا أو مقيدا ، وعلى كل تقدير فكل منهما أمر وجودى فى مقام الثبوت و محتاج الى اللحاظ و ان الاطلاق فى مقام الاثبات أمرا عدميّا و هو عدم التقييد وعلى هذا فيكون الاصل فى كل من الاطلاق و

التقييد جاريا ونافيا له فيقال انّ العقد حين ما وجد فالاصل عدم وجوده مطلقا و كذا أن الأصل عدم وجوده مقيّدا فيكون المورد أيضا من قبيل التداعى اما الاتسصحاب العدم المحمولي فواضح ،فيقال الأصل عدم اتصاف العقد بالاطلاق ،وكذلك فى الاخر أن الأصل عدم اتصافه بالتقييد فيتعارضان ،وأما استصحاب العدم الأزلى النعتى فكك فانه يقال الأصل عدم الوجود العقد حينما وجد مطلقا و كذلك فى طرف التقييد أن الاصل عدم الوجود العقد حينما وجد مقيدا فيقع التعارض بينهما كما هوواضح · واذا فيحكم بالانفساخ ·

و أما الكلام من حيث الصغرى فنقول قد تقدم الكلام فى ذلك أن القيود انما تجرى فى مورد يكون المقيد قابلا للتقيد و التضييق و عليه فمحط القيود باجمعها هو الامور الكلية القابلة للتضييق بحيث كلما قيدّت زادت تضييقا و كلما برئت من القيود زادت توسعة و أما الامور الجزئية فليست قابلة للتضييق أصلا ،الاّ باعتبار الحالات كأن يقول ان كان هذا زيدا فأكرمه فان التشخص الخارجى والوجود فيه آخر مرتبة من التضييق و التقيد فلا مرتبة له فوقه وعليه فكلما ذكر من القيود للمبيع الشخصى فلابدّ من ارجاعها الى الشروط و قد تقدم قبيل هذا أن لحاظ الأوصاف و الشروط بذاتها مع قطع النظر عن أن تكون ربطا بين الشرط و المشروط لا معنى له ، فلا معنى لكون الشرط هو لحاظ القيد فقط و ارجاعها الى المبيع لا معنى له لما عرفت من عدم قابلية الامور الجزئية للتقييد وارجاعه الى نفس البيع بحيث يبيع على تقدير كونه من حنطة المزرعة الفلانية والاّ فلا يبيع فهو باطل اجماعا لقيامه على بطلان التعليق فى العقود ·

فلم يبق الاّ الاشتراط أى كون الالتزام العقدى مشروطا بالتزام آخر و

مربوطا به كما هو معنى الشرط فتحصّل أن مقتضى القاعدة هو الاشتراط ، دون التقييد ٠

و بالجملة أن فائدة التقييد فى الامور الكلية ظاهرة وهى تضييق دائرة الكلى و اسقاطه عن التوسعة وأما فى الامور الجزئية فلا معنى للتقييد بوجه و اذن فاما يرجع القيد الى الصور النوعية فهو تعليق البيع على وجود المبيع فلا اشكال فيه لما عرفت أن التعليق بأصل وجود المبيع لا محذور فيه ٠

و أما أن يرجع الى المبيع على نحو التضييق الدائرة فقد عرفت أنه لا معنى له ٠

و أما أن يرجع الى البيع و تعليقه على الشرط و هو تعليق باطل واما أن يكون بنفسه ملحوظ فلا معنى لما عرفت أنه لا معنى لكون الاشتراط بمعنى لحاظ الشرط فلا مناص من ارجاعه الى الاشتراط خلافا لجميع الاعلام حيث أرجعوا الوصف الى التقييد دون الاشتراط ٠

و كان الكلام فى العين الشخصى اذا وقعت المعاملة عليها ثم اختلف البايع و المشترى فى تغيرها و عدم تغيرها و قلنا أنه لا معنى لكون اعتبار الوصف فى المبيع بمعنى الالتزام بذات الوصف فانه أمر غير اختيارى للبايع بأن يبيع العبد ملتزما بكونه كاتبا و خياطا و نجارا أو باع الحنطة و التزم بانه من المزرعة الفلانية و هكذا و على هذا فيدور الامر فى اعتبار الوصف فى المبيع بين تعليق البيع به او تعليق الخيار به و اما تعليق البيع به فتارة يكون راجعا الى التعليق بالصور النوعية فهذا لا محذور فيه فان مرجعه الى التعليق بأصل وجود المبيع فهو خارج عن معقد الاجماع القائم على بطلان التعليق فى العقود و أخرى يكون من قبيل التعليق

بالاوصاف الخارجية كأن باع اذا كان المبيع متصفا بوصف كذا بان يكون كاتبا أو كانت الحنطة من المزرعة الفلانية ونحو ذلك فهذا لا اشكال في بطلانه لكونه من التعليق الذي كان باطلا بالاجماع.

فلم يبق في البين الآ تعليق الخيار على الوصف الذي اعتبر في المبيع بان باع العين و التزم بالالتزام العقدي مشروطا بكون الثمن كذا أو اشترى المشتري العبد و التزم بالالتزام العقدي مشروطا بكونه كاتبا أو من الارز الفلاني أو بكون الحنطة المزرعة الفلانية و نحو ذلك.

فاتضح من ذلك أن مرجع اعتبار الوصف في المبيع الى الاشتراط وعليه فاذا شك في اشتراط وصف أو شرط في العقد فمرجع النزاع الى اشتراط الخيار فيه، فالأصل عدمه وعلى هذا فلو ادعى المشتري كون العين المبيعة متغيرة وغير باقية على ما شوهد عليه و انكره البايع فمرجعه الى أنه هل جعل للمشتري خيار في هذا العقد أم لا، فالاصل عدمه و اذن فالاصل مع البايع و من هنا ظهر أنه لا اشكال للتمسك بأصالة اللزوم اي استصحاب بقاء كل من الثمن و المثمن على ملك صاحبه و عدم كون العقد خياريا لا أصالة اللزوم المستفاد من العمومات فانه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية لانا نشك في دخول المورد الذي نشك في كونه خياريا أم لا، داخلا تحت العمومات الدالة على اللزوم أو أدلة خيار الشرط، فاثبات اللزوم بالعمومات تمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

فلا مجال بعد ما نقحناه لما أفاده المصنف (ره) من حكومة أصالة عدم وصول حق المشتري عليه على أصالة اللزوم و تطويل الكلام في ذلك و في عدم صحة التمسك بأصالة اللزوم نقضا.

قوله: و لو ادعى البايع الزيادة الموجبة لخيار البايع.

فمقتضى ماذكرنا فى طرف المشترى تقديم قول البايع لان الاصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به.

أقول: هذا هو عكس ما تقدم الكلام فيه و توضيح ذلك أنه لو ادعى البايع أن العين صارت بعد المشاهدة سمينة و انكره المشترى وقال انها كانت سمينة من الاول فقد ظهر من جميع ما تلوناه عليك أن القول قول البايع فان مرجع دعوى كون العين متغيرة من حالة الهزالة بعد المشاهدة و ضرورتها سمينة الى دعوى ثبوت الخيار للبايع، فالاصل عدمه و أن العقد غير خيارى أو أن الاصل بقاء العين على الوصف السابق فلا يفرق فى ترتب ما نريده من الأثر بين استصحاب بقاء العين على الوصف الذى شوهد و بين الاستصحاب عدم السمن كما تقدم فى عكسه، وعليه فالمرجع الى أصالة اللزوم أى قاعدة اللزوم المتقدمة لا الرجوع الى العمومات الدالة على اللزوم فانه من التمسك بالعام فى الشبهات المصداقية.

و من هنا ظهر أن ماذكره المصنف هنا أيضا لا يتم.

قوله(ره) :الثانى لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد و اختلفا فى تقدم التغير على المبيع ليثبت الخيار و تأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار تعارض كلّ من اصالة عدم تقدم البيع و التغير.

أقول: كان الكلام فى المسألة السابقة فى اختلاف البايع والمشترى فى أصل التغير وفى هذه المسألة كلامنا فى اختلافهما فى كونه بعد البيع أو تسالمهما على أصل التّغير.

فنقول اذا اختلفا البايع و المشترى فى ذلك فقال المشترى أن العين صارت مهزولة بعد المشاهدة و قبل البيع فلى الخيار فى فسخ العقد لتخلف

الوصف لحصول التغير فى ملك البايع وقال البايع ان الفرس الذى هومبيع وان صار مهزولا الا أن الهزال قد حصل بعد البيع فليس لك للمشترى الخيار، سيأتى الكلام فى باب الخيارات انشاء الله تعالى أن تخلف الاوصاف وتغيرها قبل القبض هل تحسب على البايع لعموم قاعدة التلف قبل القبض من مال البايع بحيث يقال ان الاوصاف أيضا ملك للبايع بتبع العين فاذا تلف كان على البايع أو أن تلف الاوصاف تابع للملك و من الواضح أن العين ملك للمشترى فتلف الاوصاف يحسب عليه غاية الامر أن تلف العين يحسب على البايع قبل القبض لورود النص عليه.

و بعبارة أخرى ان كان التلف قبل القبض من مال البايع حكما ثابتا على خلاف القاعدة بالنص فلابد من الاقتصار على مورده فلا يتعدى الى تلف الاوصاف، وان كان على طبق القاعدة فيكون تلف الأوصاف أيضا على البايع فكيف كان فسيأتى تفصيل ذلك فى باب الخيارات.

فعلى القول بتسرية القاعدة الى تلف الاوصاف فلا ثمرة للنزاع فى أن التغيّر حصل قبل القبض أو بعده وعلى القول بعدم التسرية كما هوالحق لعدم المقتضى للتسرية فلابد من النزاع فى ان التغير حصل قبل العقد أو بعده وكيف كان فذكر المصنف (ره) أن هنا أصلان حادثان أحدهما وقوع البيع والثانى حصول الهزال، ولكن لا يعلم السابق منهما و لم يعلم تاريخ الحادثان أن ايّا منهما مقدم و أن ايّا منهما متأخر، فحيئذ أن مرجع الاصلين الى أصالة عدم وقوع البيع حال السمن مثلا و أصالة بقاء السمن وعدم وجود الهزال حال البيع، والظاهر أنه لا يترتب على شىء منهما الحكم بالجواز و اللزوم لأن اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه وانتقاله الى المشترى و أصالة بقاء السمن لا يثبت وصول السمين كما أن أصالة عدم

وقوع البیع حال السمن لا ینفیه فالمرجع الی أصالة عدم وصول حق المشتری الیه کما فی المسألة السابقة فلا فرق بین المسألتین من حیث النتیجة ٠

نعم الفرق بینهما هو أن الشك فی وصول الحق هناك ناش عن الشك فی نفس الحق و هنا ناش عن الشك فی وصول الحق المعلوم ٠

و بعبارة أخری الشك هناك فی حقه الواصل و هنا فی وصول حقه ، فمقتضی الاصل فی المقامین عدم اللزوم و عدم وصول حق المشتری الیه ومن هنا ظهر الحال لو کان مدعی الخیار هو البایع ٠

أقول : لا حق للمشتری غیر ذات المبیع الذی وصل الیه حتی نشك فی وصوله الیه فتمسك باصالة عدم وصوله الیه فیکون حاکما علی أصالة اللزوم ، و علیه فدعوی المشتری کون العین مهزولة بعد المشاهدة وقبل البیع أوقبل القبض یرجع الی دعوی الخیار لنفسه فی العقد لکون العین مهزولة فالاصل عدمه و أن العقد لیس بمشروط بشیء و اذن فاصالة اللزوم محکمة أی بمعنی استصحاب بقاء الثمن فی ملك البایع و بقاء المثمن فی ملك المشتری و کون لازما و عدم ثبوت الخیار فیه المسمی بقاعدة اللزوم لا أن المراد منها هو التمسك بالعمومات الدالة علی اللزوم لکون الشبهة مصداقیة ٠

و من هنا ظهر حکم ما لو انعکس الأمر بأن ادعی البایع الخیار علی نفسه بأن ادعی کون العین مهزولة حین المشاهدة و سمینة بعدها و قبل البیع فله الخیار و من هنا ظهر ایضا أن الاصل عدم الخیار للبایع و عدم کون العقد مشروطا بشرط فتکون أصالة اللزوم محکمة کما لا یخفی ٠

قوله : و لو وجد المبیع تالفا بعد القبض فیما یکفی فی قبضه التخلیة ٠

أقول : اذا اختلف البایع و المشتری فی العین المشاهدة بعد التلف فقال البایع أنها تلفت بعد القبض و قال المشتری أنها تلفت قبل القبض

فالتلف عليك لان التلف قبل القبض من مال البايع فحكم المصنف بأن الأصل بقاء ملك المشترى على الثمن لاصالة عدم تأثير البيع.

أقول: و لم يتعرض المصنف بالاستصحابات الموضوعية أنها تجرى أو لا تجرى و مع الجريان أنها معارضة أم ليست بمعارضة، بل اقتصر على الاستصحاب الحكمى.

و لكن شيخنا الاستاذ حكم بأن الاصول الموضوعية الجارية لكل واحد من المتبايعين مع كونها مثبتة معارضة بالمثل فى مجهولى التاريخ والجارى لاحدهما فيما اذا كان أحد الحالتين بالخصوص مجهولة مثبت فيشك فى تأثير البيع فتصل النوبة الى الأصل الحكمى و هو بقاء الثمن فى ملك المشترى

أقول: تحقيق الكلام فى موردين :-

الاول: فيما تحقق القبض فى الخارج أو ما فى حكم قبضه كقبض الوكيل قبل البيع كأن يعير البايع ثوبا من المشترى و جعله أمانة عنده أوكان ثوب مستأجرا له ثم باعه منه ووجداه تالفا فاختلفا فى تقدم التلف على البيع و كون البيع باطلا لانه وقع على الشيء المعدوم و قال البايع أن التلف بعد البيع فى غير زمن الخيار فوقع البيع حين وجوده على الشيء الموجود.

الثانى: ما لم يتحقق قبض فى الخارج أو فى حكم قبض المشترى كقبض وكيله و لكن تحقق التخلية بين البايع و بين العين فيما يكفى فى قبضه التخلية كتسليم مفتاح الدار و القاء عنان الفرس الى المشترى بحيث لم يكن مانع من أخذ المشترى و تسلطه على المبيع ثم اختلف البايع والمشترى فقال البايع انها تلفت بعد البيع، وقال المشترى انها تلفت قبل البيع.

أما الكلام فى المقام الاول: فالحق فيه ماذكره المصنف (ره) من التمسك بالاستصحاب الحكمى و بيان ذلك أنه لا مانع من جريان استصحاب بقاء

المبیع الی زمان البیع فالحکم بوقوعه علی المبیع الموجود و الحکم بصحة البیع لأنه کسائر الموضوعات المرکبة التی ثبت أحد جزئیها بالاصل ، و الاخر بالوجدان ،فان البیع هنا فی زمان الوجدان کما هو المفروض لاتفاقهما علیه و الجزء الاخر اعنی وقوع البیع علی الشیء الموجود محرز بالاصل فیحکم بصحة البیع و یلزم المشتری باعطاء الثمن و نظیر ذلک ما اذا شك فی بقاء العبد وموته فانه لو عتقه یصح عتقه و یکفی عن الکفارات فان بقائه الی زمان العتق محرز بالأصل و العتق محرز بالوجدان و هکذا وهکذا ولکنه معارض بأصل آخر و هو أصالة عدم وقوع البیع علی المبیع الموجود الی زمان التلف فهذا الاصل وان لم یثبت وقوع البیع علی المبیع المعدوم الاّ علی القول بالاصل المثبت و لکن هذا المقدار یکفی فی ترتب الاثر و هو عدم تحقق البیع علی الموجود ٠

و اذن تصل النوبة الی الاصل الحکمی و هو استصحاب بقاء الثمن فی ملك المشتری و عدم تحقق ما یخرجه عن ملکه کما هو واضح ٠

ثم ان تصل النوبة الی الاستصحاب الحکمی اذا قلنا بعدم جریانه فی مجهولی التاریخ علی الخلاف بیننا و بین صاحب الکفایة و کذلك اذا قلنا بجریانه فیهما معا فیما اذا کان التاریخ أحدهما معلوما و الاخر مجهولا و لکن یسقطان بالمعارضة کما اخترناه فی علم الاصول و قلنا ان الاستصحاب یجری فی کل من معلومی التاریخ و مجهوله معا ولکن یسقطان بالمعارضة ٠

وأما علی مسلك الشیخ و الاستاذ من التفصیل بین معلومی التاریخ و اختصاص جریانه بالمجهول فقط دون المعلوم فلا یقع التعارض ولا یسقطان بالمعارضة لانه فرع جریانهما معا وعلی الاجمال فلابدّ لهما من التفصیل فی المقام کما هو مبناهما فی الأصول ٠

و أما المقام الثانى فهو ما تحققت التخلية فى الخارج فيما يكفى فى قبضه التخلية كتسلم مفتاح الدار أو البستان والقاء عنان الفرس أو الثوب الى المشترى و تلفت العين ثم اختلفا فى كون التلف قبل البيع أو بعده ففى المقام على جميع التقابر من جريان الاستصحاب فى مجهولى التاريخ و عدم جريانه كما هو محل الخلاف بيننا و بين صاحب الكفلية و من جريانه فى ما اذا كان أحدهما معلوما و الاخر مجهولا وسقوط الاصلين بالمعارضة كما عليه المبنى أو قلنا بعدم جريانه فى معلوم التاريخ و جريانفى مجهول التاريخ كما هو مذهب المصنف و شيخنا الاستاذ فى مبحث الاصول فلا يترتب على شىء منها أثر بحيث يحكم بصحة البيع على المشترى ويلزم المشترى على اعطاء الثمن ·

و الوجه فى ذلك كله أن غاية ما يترتب على جريان الاصل هو صحة العقد والبيع و هو لا يفيد الاّ مع تحقق القبض فالاصل عدمه ·

و بعبارة أخرى ففى هنا أمور ثلاثة التلف و البيع و القبض واذا اثبتنا وقوع البيع على المبيع قبل التلف على التريب المتقدم من اثبات عدم التلف الى زمان البيع بالأصل و وقوع البيع عليه بالوجدان و لكن لا يكفى ذلك بدون تحقق القبض فان اصالة عدم تحققه محكمة كما هو واضح ·

و حاصل الكلام أنك عرفت ان الكلام يقع فى مقامين : الاول :مع تحقق التخلية من البايع فيما يكفى قبضه التخلية ،وقلنا ان المرجع فيه اصالة عدم تحقق القبض و بقاء مال المشترى فى ملكه فلا يترتب أثر على استصحاب بقاء المبيع الى زمان البيع و اثباته فى الخارج بالاصل و الوجدان ، فان تحقق البيع لا يثبت تحقق القبض الا على القول بالاصول المثبتة على ان تحقق البيع أيضا مشكوك فان المتحقق بالوجدان هو تحقق الانشاء كما سيأتى ·

و أما الجهة الثانية : فقلنا ان الاصول بناء على جريانه فى مجهولى التاريخ و فيما اذا كان تاريخ أحدهما معلوما و تاريخ الاخر مجهولا ، معارضة فتصل النوبة الى أصالة بقاء مال المشترى فى ملكه كما ذكره المصنف (ره) و ذكرنا ايضا ان جريان الاصل فى كل من معلوم التاريخ و مجهوله موقوف على النزاع فى الاصل يجرى فيهما معا كما اخترناه فى محله أو فى مجهول التاريخ فقط كما اختاره شيخنا الانصارى فعلى ما اخترناه تصل النوبة الى الاصل الحكمى من اصالة بقاء الثمن فى ملك المشترى و على مسلك المصنف فلابد من التفصيل فان كان البيع معلوم التاريخ و التلف مجهول التاريخ ، فنستصحب عدم التلف الى زمان البيع فنحكم بالصحة كما تقدم و على تقدير كون التلف معلوم التاريخ فالبيع مجهول التاريخ فنحكم بجريان الاستصحاب فى البيع فنقول الاصل عدم وقوع البيع الى زمان التلف فينتج البطلان ، فلا يمكن الحكم بكون الاصل بقاء مال المشترى فى ملكه ·

هذا و لكن نقول اليوم خلافه و أن الاستصحاب لا يجرى مطلقا ، فان جواز البيع و عدم جوازه أى امضائه و عدمه من الاحكام الشرعية فلا ربط له بوقوعها فى الخارج بفعل المتبايعين ·

و أما أصل وقوع البيع فمفهوم البيع أعنى اعتبار ملكية كل من العوضين لكل من المتبايعين و اظهاره بمبرز فى الخارج بحيث يرا العرف و العقلاء بيعا فى اعتبارهم أمر وجودى محقق بوجوده الاعتبارى والانشاء على انفراده ليس بيعا و انما هو مظهر للبيع و مبرز له و مخبر عن الاعتبار النفسانى و من الواضح أن العقلاء انما يعتبرون البيع فيما اذا كان للمبيع وجود خارجى أو كليّا بحيث اعتبر العقلاء ملكيته و صحة وقوع البيع عليه فى اعتبارهم و مع عدمه فلا يتحقق مفهوم البيع أصلا فانه لا معنى لبيع المعدوم ·

و بعبارة أخرى أن وجود المبيع دخيل فتحقق البيع فى اعتبار العقلاء فمع العلم بعدم البيع لا يقع عليه البيع فانه من قبيل المعدوم فلا يعتبرون البيع الواقع على المعدوم بيعا فى نظرهم و ما اعتبره البيع فى نفسه و اظهر بالمظهر الخارجى لغو محض فانه صورة اعتبار البيع لا أنه بيع حقيقة فأنا و ان قلنا أن البيع متقوم بامرين أحدهما الاعتبار النفسانى و الثانى اظهاره بمظهر خارجى و لكن ذلك انما يتحقق مع وفق الاعتبار لما فى الخارج ووجود المطابق له فى الخارج، وعلى هذا فلو شككنا فى تحقق البيع من جهة الشك فى وجود المبيع حين البيع فالاصل عدمه ·

و تحقق الانشاء و ان كان مسلّما و لكنه ليس ببيع و ح فالحكم هو أصالة بقاء الثمن فى ملك المشترى كما أفاد المصنف (ره) و من هنا ظهر الحكم فى سائر العقود و الايقاعات فاذا شك فى موت العبد و بقائه و اعتقه فلا يصح تصحيح العتق باستصحاب بقاء العبد الى زمان العتق، ووقوع العتق عليه فان ما تحقق قطعا هو الانشاء و أما حقيقة العتق فهو مشكوك ، فانه يعتبر فيه وجود المعتق و هو مشكوك فلعل العتق وقع على المعدوم ،فلا يعتبرونه العقلاء عتقا فالاصل عدم تحققه فلا يكفى من الكفارات و النذر و العهد و هكذا الحال فى سائر العقود والايقاعات ولو شك بعد الطلاق فى بقاء الزوجية أو بعد الاجارة فى بقاء الدار فلا يمكن تصحيح ذلك باصالة الصحة لاحتمال مجرد الصدق الواقعية وقد يقال بصحة البيع تمسكا باصالة الصحة للشك فى بعض شروط وهو وجود المبيع وانما مورد أصالة الصحة هو ذلك ·

و يرد عليه وجوه : الاول : أن أصالة الصحة ليست الا هى قاعدة الفراغ غاية الامر أن قاعدة الفراغ تجرى فى فعل شخص الانسان و أصالة الصحة

تجری فی فعل الغیر و ذکرنا فی قاعدة الفراغ أنها انما تجری فی موارد تکون صورة العمل محفوظة کماعبر بذلك شیخنا الاستاد وأما فیما لم تکن صورة العمل محفوظة فلا مورد لقاعدة الفراغ وکذلك لا مورد لقاعدة أصالة الصحة مثلا اذ شك المتوضی بعد وضوئه أن ما کان یتوضأ به کان ماء أوشیئا آخر من المایعات التی لا یجوز التوضی بها فانه لا تجری فیها قاعدة الفراغ لعدم الحفاظ صورة العمل و انما تحمل مجرد الصدفة الواقعیة فقط

نعم مورد قاعدة الفراغ ما اذا کان هنا مائان و توضأ من أحدهما کان احدهما مما یجوز التوض به و الاخر لا یجوز ثم شك فی أنه کان من الذی یجوز التوضی به أو من الذی لا یجوز فبقاعدة الفراغ یحکم بالصحة و یکون التوضی من الذی یجوز التوضی به و کذلك فی قاعدة الصحة اذا شککنا فی ما فعله المتبایعان هو حقیقة بیع أو صورة بیع فانه لا یمکن باصالة الصحة اثبات کون الواقع بیعا حقیقة بمجرد احتمال الصدفة الواقعیة و کذلك فیما اذا احتملنا أنه قال انت طالق و لکن نحتمل أنه قاله لزوجته أو لأجنبیة فلایمکن حمله علی الطلاق الصحیح باصالة الصحة.

نعم اذا احرز أنه طلق زوجته و احرزنا صورة العمل أی الطلاق بالزوجة و لکنه نشك فی صحته و فساده فنحمل علی الصحة و کذلك اذا رتینا أن أحدا قام علی میت فلا ندری أنه یصلی أو لا ،فلایمکن حمل فعله علی الصحة بمجرد احتمال الصدفة الواقعیة.

نعم اذا حفظنا صورة العمل وعملنا أنه یصلی علی المیت و شککنا فی صحته و فساده من جهة أخری فنجری اصالة الصحة و هکذا فی فجمیع العقود والایقاعات و العبادات کفائیة أو عینیّة.

وثانیا :أنه مع قطع النظر عن الاشکال الاول ان اصالة الصحة مشروطة

بكون الشرط الذى نشك على كل تقدير مقدورا للمكلف فلو كان على تقدير مقدورا له وعلى تقدير غير مقدور فلانجرى فيه اصالة الصحة مع كون الشرط شرطا على كل تقدير ولزم من انعدامه بطلان العمل مثلا ففى المقام أن وجود المبيع دخيل فى صحة البيع لبطلان العقد بدونه على كل تقدير ، فوقوع البيع عليه غير مقدور على المكلف وعلى تقدير وجوده فوقوع البيع عليه مقدور ومع عدمه فغير مقدور فلا نجرى قاعدة اصالة الصحة فى مثل ذلك ومن هذا القبيل ما لو باع لا يعلم أنه ماله أو لا مع عدم كونه تحت يده وكذا بيع من نشك فى بلوغه وعدمه وهكذا الأمر فى قاعدة الفراغ وقد خالف شيخنا الانصارى فى هذا الشرط فى قاعدة الفراغ.

وثالثا : ماذكره المصنف مع الغض عن الاشكالين الاولين من وجود الجامع بين الصحيح والفاسد بحيث ينطبق عليهما ، وأما اذا لم يكن هنا جامع بينهما لكون الفاسد غير معقول كما فى المقام فان المعدوم محال فلا يمكن حمل فعل المسلم على الصحة بوجه.

الكلام فى بيع مالايفسده الاختيار به

بقى هنا فرعان قد تعرض لهما الاصحاب ، أحدهما اعتبار الاختبار فيما لا يفسده الاختبار ، فهل يشترط فيه الاختبار كما ذكره بعضهم أو يعتبر فيه اشتراط الصحة كما ذكره آخر أو يعتبر فيه البراءة من العيوب كما ذكره ثالث أو الاخيرين معا كما ذكره رابع أو يكفى التوصيف كماذكره بعضهم أو مع الانضباط كما ذكره آخر وجوه ، بل اقوال فى المسألة كما يظهر من مطاوى كلمات الاصحاب التى نقل جملة منها المصنف (ره) فلاحظها .

و لا يهمنا التعرض بكلمات الأصحاب و بيان مرادهم كما تعرضها المصنف بعد ما لم يكن اجماع فى البين كما يظهر لمن يلاحظها و لم يرد فى المقام نص حتى يلاحظه فلابدّ من التكلم هنا على مقتضى القاعدة بل التحقيق أن يقال أن الاوصاف التى تختبر على أقسام ،فانها قد تكون من اوصاف الصحة الدخيلة فى صحة البيع فتارة تكون الاشياء المتصفة بها مما لا يفسده الاختبار وأخرى مما يفسده الاختبار، أما الاول كالعطور و بعض أقسام الفواكه من العنب و التين و نحوهما بمقدار يسر منها غير مفسد قطعا فنقول أن المانع من صحة البيع مع الجهل بأوصاف المبيع من الاوصاف الصحة كالطعم و الرائحة فيما يقصد منه طعمه أو ريحه من العطور والفواكه ليس الآ الغرر الثابت بحديث نفى الغرر بناء على تماميته أو الاجماع المنعقد على اعتبار العلم بالعوضين بناء على تماميته أيضا و حجيته ،فلا شبهة أن المناط فى صحة البيع فى جميع الموارد هو ارتفاع وصف الغرر فان البيع الغررى باطل فلابد من ملاحظة ما يوجب ارتفاع الغرر من غير تخصيص بشرط خاص من الاشتراط أو الاختبار أو البراءة من العيوب .

و عليه فيرتفع الغرر بأمور، الاول : الاختبار بما لا يفسده الاختبار، فيما يستخبر حال المبيع به كاستشمام العطور و ذوق الفواكه التى لا تفسد بالاختبار كأكل حبة من العنب و نحوه أو استشمام بعض أقسامها فان ذلك يرفع الغرر فيكون البيع صحيحا من ناحية الغرر فهذا مما لا شبهة فيه .

الثانى : اشتراط الصحة من العيوب الموجبة للغرر بحيث يكون الخيار عند ظهور المبيع أو الثمن فاقدا لذلك الوصف لكل من البايع و المشترى و هذا أيضا رافع للغرر كما هو واضح .

الثالث : الاقدام على المعاملة مطلقا من غير اشتراط ولا اختبار أصلا

بل يسكت عن جميع ذلك ، ولكن الشرط الضمنى موجود فى المقام بظهور العوضين واجدا لاوصاف الصحة و لم يكن عديما لها بحيث لو ظهر فاقدا كان للمشروط له الخيار ، ومع هذا الشرط الضمنى لا يضره السكوت عن الاشتراط لانصراف المطلق الى الفرد الصحيح و الذى يدلّ على هذا بناء العقلاء فى معاملاتهم فانهم يعاملون معاملة كلية أو جزئية مطلقة و اذا ظهر المبيع فاقدا لاوصاف الصحة يرجعونه الى صاحبه و يكون لهم الخيار حينئذ .

فتحصل أن ارتفاع الغرر فى المقام ليس منحصرا بالاختبار بل كما يرتفع به كك يرتفع بالاشتراط و بالشرط الضمنى أيضا لعدم ورود النص على الاختبار بالخصوص و عدم وجود الاجماع عليه كما ظهر من مطاوى ما ذكرناه ، بل الاجماع على عدمه فانه من باب ذكر وصف الصحة ومن الواضح أنه غير لازم اجماعا كما ذكره المصنف فى جواب السرائر ، و أما توصيف البايع المثمن و توصيف المشترى الثمن مع حصول الوثوق منهما فداخل فى صورة الاشتراط .

و أما اشتراط البراءة من العيوب فالظاهر من عبارة المصنف من عطفه على اشتراط الصحة بأو و كذلك الظاهر من عبارة النهاية والمقنعة المنقولة فى المتن هو كفايته فى نفسه حيث قال (خلافا لظاهر جماعة تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحة أو البراءة من العيوب أو خصوص أحدهما) أقول ان كان المراد من البراءة من العيوب هو احراز كل من البايع و المشترى كون المبيع سليما عن العيوب و صحيحة هذا هو المراد ظاهرا للمصنف حيث ذكر فى اواخر كلامه أنه ظاهر عبائرهم المتقدمة اشتراط الوصف أو السلامة من العيوب فيما يفسده الاختبار بحيث يكون البيع غير غررى وان كان المراد من البراءة من العيوب التبرى منها بحيث يبيع المتاع على ما هو عليه

من الصحيح و الفساد سواء ظهر فاقدا لاوصاف الصحة أو واجدا لها لا يكون خيار للمشترى و يشرط المشترى على البايع فى الثمن أيضا ، هذا الاشتراط فهذا البيع غررى بلا شبهة فيكون الاشتراط مؤكدا للغرر فيبطل البيع للغرر بناء على مانعيته عن البيع فلا يرتفع الغرر بالاشتراط و على الاجمال فلاوجه لاشتراط هذا الشرط أصلا ، فانه ان كان راجعا الى اشتراط الصحة فذكره تكرار و ان كان بمعنى التبرى فاشتراطه موكد للغرر فلا يكون رافعا له .

و من جميع ماذكرناه ظهر بطلان ماذهب اليه فى السرائر من تقوية عدم جواز بيع العين الحاضرة المشاهدة بالتوصيف ، بل لابد من ذوقها و شمها .

و مما ذكرناه ظهر جريان أصالة السلامة فى المبيع فان المراد بها هو اشتراط كون المبيع سالما على العيوب بالشرط الضمنى وواجدا لاوصاف الصحة على النحو الذى تقدم و هذا مما جرى عليه بناء العقلاء فى معاملاتهم وليس المراد من اصالة السلامة مايكون طريقا الى احراز كون المبيع واجدا لاوصاف الصحة باستصحاب الحالة السابقة التى شوهدت و كانت واجدة لاوصاف الصحة حتى يناقش فيها بما ناقشه المصنف من عدم الدليل عليه لا من بناء العقلاء الا فيما اذا كان الشك فى طرو المفسد و لا من غيره فانه لو كان المراد من أصالة السلامة هو ذلك فليس عليه دليل حتى مع الشك فى طرو المفسد الذى استثناه المصنف ، فانا ذكرنا فى علم الاصول أنه لا وجه لكون بناء العقلاء دليلا للاستصحاب وأنه غير ثابت كما هو واضح ، و هذا بخلاف ماذكرناه من أصالة السلامة فان بناء العقلاء عليه مسلم كما لا يخفى .

ثم ظهر أيضا من جميع ماذكرناه بطلان ماذكره المصنف من التفصيل ، بين الاوصاف الدخيلة فى معظم المالية و بين غيرها ،و حاصله أن الاوصاف ان كانت دخيلة فى معظم المالية بحيث تزول المالية المهمة بزوال الاوصاف فلابد من احراز السلامة عنها اما بالأصل أو بالاختبار أو التوصيف و مع انتفاء الاول يبقى الأخيران و هذا ككون الجارية خنثى و كون الدابة لا تستطيع المشى أو الركوب و الحمل عليه .

و أما اذا لم تكن الاوصاف من قبيل الاوصاف الدخيلة فى معظم المالية فلايجب احرازها ولا يلزم الغرر من الانتفاء و هذا ككون الجارية ممن لا تحيض فهى فى سنّ من تحيض ، فان انتفاء ذلك لا يوجب انتفاء معظم المالية لبقاء الاستمتاع و الاستخدام على حالها غاية الأمر قد انتفى الاستيلاد فقط و أما فى الاول قد انتفى الاستمتاع أيضا .

و قد ظهر جواب هذا التفصيل أيضا فان المناط فى صحة العقد هو رفع الغرر كما تقدم ،فكلما يلزم من عدم اعتباره و اشتراطه فى العقد غرر فلابدّ من اشتراط ما يوجب رفعه من الاختبار أو اشتراط الصحة أو الارجاع الى أصالة السلامة والاّ فلا ،سواء كانت دخيلة فى معظم المالية أم لا ،فان ما يكون دخيلا فى ذهاب المالية وان لم تكن معظما فالسكوت عنه فى مقام البيع غرر بلاشبهة .

فتحصل من جميع ماذكرناه حكم مايفسده الاختبار أيضا فان جميع ما ذكرناه جار فيه الاّ الاختبار لان المفروض أن الاختبار يفسده وأما اشتراط الصحة أو بيعه مطلقا ايكالا الى اصالة السلامة فهما جاريان فيه ، كما يجريان فى الاول أعنى ما لا يفسده الاختبار و هذا كبيع نوع الفواكه التى يفسدها الاختبار كالرقى و البرتقال و الليموا و نحوها فان الغرر يرتفع

فیها بأحد الامرین المذکورین فلو تبرئ عن العیوب یکون غرریا فیبطل.

نعم قد ورد فی المقام روایة(١) ربما یتوهم فیها اعتبار الاختبار فیما یختبر حیث قال(ع) فیمن سأل عن ذوق الطعام فی المال الذی یرید أن یشتریه، فقال(ع) نعم فلیذقه فلا یذوقن ما لا یشتری.

و فیه ما ذکره المصنف (ره) من أن السؤال فیها عن جواز الذوق لا عن وجوبه فانه(ع) جوّز ذلك لمن یرید الاشتراء لا لکل من و لو لم یکن نظره ذلك و الآ فان بعض الطماعین یأخذون ذلك وسیلة لاکل أموال الناس بأن یأکل من دکان عشرة حبات من العنب و من الاخر کك، و من الثالث هکذا فیکون أکثر من الحقة فنهی الامام(ع) عن ذلك فیجوّز هذا النحو من الطریق أیضا.

فتحصل أن ما لا یفسده الاختبار فبالنسبة الی الاوصاف الدخیلة فی صحة المبیع یجوز بیع الموصوف بها بالاختبار و بالتوصیف و بالاعتماد علی أصالة الصحة والسلامة علی المعنی الذی ذکرناه أی انصرافه الی کون المبیع سالما عن العیوب و واجدا لاوصاف الصحة فانه الفرد الصحیح وقلنا هذا معتبر بالشرط الضمنی فی العقود و المعاملات.

و أما بالمعنی الذی ذکره المصنف من کونها محرزة لبقاء المبیع علی اوصاف الصحة و عدم طروّ العیب له لیوجب زوال صحة المبیع فلیس له مدرك صحیح کما عرفت حتی فیما کان للمبیع حالة سابقة انا ذکرنا فی بحث الاصول أنه لا دلیل علی اعتبار الاستصحاب من ناحیة بناء العقلاء کما هو واضح.

و قد عرفت أیضا أنه لا یفرق فی ذلك فی الاوصاف التی لها دخل فی

(١) وسائل: ج ١٢ ،ص ٢٧٩

معظم مالية المبيع و ما لا يكون كك ،فان فى جميع ذلك لا بد من رفع الغرر فى صحة البيع والاّ يحكم بالبطلان فرفعه بأحد الامور الثلاثة المتقدمة فلا دليل على الفرق المذكور بوجه ،وان التزم المصنف و على هذا فلا وجه للالتزام بلزوم الاشتراط أو لزوم الاختبار فقط كما ذهب اليه الحلى (ره) ٠

و أما أوصاف الكمال ككون الفاكحة أو الدبس حلوا شديدا وزائدا عن الحد الاوسط أو واجدا لاصل الحلو المتوسط فان الحلاوة من الاوصاف الكمالية فان كان المتاع مما يمكن توصيفه بالوصف الكمالى و بيانه على نحو يرتفع به الغرر فيجوز بيعه بالاختبار من المشترى و بالتوصيف من البايع فيكون اخباره اشتراطا مع الوثوق باختباره و بالاشتراط أيضا بان يشترط المشترى كونه واجدا لوصف الكمال ،وأما الاعتماد على أصالة الصحة ، و السلامة المتقدمة فلايجرى هنا فان الأوصاف ليس من الاوصافالصحةحتى ينصرف الاطلاق الى الصحيح وأن كون المبيع صحيحا أخذ شرطا فىضمن العقد كما لا يخفى ٠

وأما فيما لا يمكن التوصيف و الاخبار كما اذا كان الوصف على نحويدرك ولا يوصف كوصف الملاحة و نحوها ففى ذلك لابد فى رفع الغرر، اما من الاشتراط أو الاختبار والاّ فيكون باطلا للغرر المنفى ،فان المفروض ان الأوصاف المذكورة لها دخل فى المالية فاذا لم يشترط البيع على نحويكون رافعا للغرر فيكون البيع باطلا لذلك ٠

و أما فيما يفسده الاختبار فبالنسبة الى أوصاف الصحة فيأتى فيهجميع ماذكرناه فيما يفسده الاختبار الاّ بالاختبار لأن المفروض أنه يفسد هفيبيع اما مع الاشتراط أو مع الاعتماد على أصالة الصحة على النحو المتقدم أو يخبر البايع عن الاوصاف فيكون هذا أيضا رافعا للغرر مع الوثوق بكلامه ،

فيكون هذا أيضا داخلا فى الاشتراط فانه نحو منه .

وأما الاوصاف الكمالية فبالنسبة الى الاوصاف التى يمكن الاطلاع عليها فيجوز المعاملة ح بالاشتراط وبتوصيف البايع فيرتفع الغرر بهما فيكون داخلا فيما يشترى اعتمادا على وصف البايع أو يشترط كون المبيع واجدا للاوصاف الكمالية ومع ذلك يرتفع بها الغرر .

وأما الاوصاف الكمالية التى لا يمكن الاطلاع اليها اصلا الاّ بالاختبار ككون البطيخ حلوا وكون الرقى أحمر من الاوصاف الكمالية التى لا يعلم الاّ بالاختبار ، فالظاهر انها غير دخيلة فى المالية أصلا فلا يلزم عدم اشتراط كون المبيع واجدا لها غرر أصلا ، فان المفروض ان المورد فما يفسده الاختبار وأن التوصيف لا يمكن أيضا وان أصالة السلامة غير جارية فيبيع المالك على هذا النحو اذ لا يفرق العرف فى أمثال ذلك بين ما يكون واجدا لها وبين ما يكون فاقدا لها لعدم طريقهم الى ذلك ، وان كانوا يفرقون بينهما بعد الاطلاع اليها وعلى هذا ان اشتراط المشترى كون المبيع واجدا لتلك الاوصاف فبها والاّ فليس له حق الرجوع أصلا فهذا هو الذى تعارف فى العرف التبرى من كون المبيع واجدا لها أو فاقدا لها فيقول أبيع المتاع الفلانى على ما هو عليه سواء كان واجدا للوصف الفلانى أو فاقدا له دون ماكان الوصف من الأوصاف الصحة لما عرفت أن التبرى من فقدان الوصف من أوصاف الصحة موجب للغرر .

الكلام فى حكم ظهور المبيع معيباً

وأما الكلام فى حكم تخلف الاوصاف المذكورة فذكر المصنف فى فرض

تخلّف وصف الصحة أقساما ثلاثة :ـ

الاول :أن يكون لفساد المبيع فى نفسه قيمة كالجوز و البطيخ و سائر أقسام الفواكه اذا لم يكن الفساد بمرتبة يوجب خروج المبيع عن حيز الانتفاع ولاكونه معنونا بغير عنوان المبيع فان لب الجوز وان كان فاسدا بصيروته أسود ولكن مع ذلك ينتفع به بأخذ دهنه وكك البطيخ و الرقى و سائر الفواكه اذا لم تصل من الفساد الى مرتبته تخرج عن الانتفاع ، بل فسد جزء منها و صار به دود ونحوه وأما الباقى فيصح الانتفاع به ،و قد مثل المصنف بذلك ببيض النعامة بدعوى أن لفاسده أيضا قيمة ، و لا تعهد بخصوصيات فوائده و هو اعرف بمقاله ٠

الثانى : أن يكون لفاسده أيضا قيمة ولكن كان خارجا عن نوع الصحيح بحيث يعدّ فى نظر العرف شيئا آخر غيره و هذا كظهور اللوز والجوز قشرا فان للقشر قيمة ومالية فى نظر العرف فى الحريق ولكن من حيث انه حطب لا من حيث انه جوز ٠

الثالث : أن لا يكون للفاسد مالية وقيمة أصلا كالبطيخ الفاسد بحيث لا ينتفع به اصلا ٠

وبعبارة أخرى أن فاسد المبيع قد يكون فاسدا بحيث يكون خارجا عن المالية أصلا وأخرى يكون له مالية وقيمة و على الاول تارة يكون من جنس الصحيح وأخرى من غير جنسه ، فالأقسام ثلاثة ٠

أما القسم الاول : فتارة يكون ظهور العيب قبل الكسر و القص ، بان عرف أن البطيخ فيه دور وأخر بعد الكسر فعلى الاول يتخير المشترى بين الفسخ والامضاء بدون الأرش بأن يرضى بالعقد على أى نحو كان أو الامضاء مع الأرش كما هو واضح ،وأما بعد الكسر فليس له فسخ العقد الاّ مع

اشتراطه هكذا بان يقول للبايع حين البيع لو ظهر متاعك معيبا و لو بعد الكسر فلى أن أرجعه وأما مع الاعتماد على أصالة السلامة فلايجوزله الفسخ، بل يتخير بين الرضى بالعقد بدون الارش و الرضاء به مع الارش.

وأما القسم الثانى :فالظاهر هو بطلان العقد لماعرفت مرارا أن تخلف الأوصاف التى من الصور النوعية فى نظر العرف يوجب البطلان فان ما هو موجود ليس بمبيع و ما هو مبيع ليس بموجود ،فيكون البيع باطلاكمالا يخفى.

و الحاصل أنه اذا ظهر المبيع فاسدا و كان للفاسد أيضا قيمة و لكن يحسب فى نظر العرف غير الصحيح بحسب الصورة النوعية كما اذا اشترى وزنة تمر فظهر أنه فى حكم النوى لا يناسب الآ بالحرق فهذا لا اشكال فى فساد البيع لما عرفت أن المبيع غير موجود و الموجود غير مبيع و هذا خارج عن الاقسام الذى ذكره المصنف و نتعرض لها.

و حاصل الأقسام أن ما ظهر المبيع فاسدا تارة يكون مع كونه فاسدا على قيمة الصحيح و أخرى أقل منه ،و ثالثة يظهر أنه لا قيمة له أصلا وعلى كل تقدير فقد يكون ظهور الفساد قبل الكسر و القصّ و قد يكون بعده، فالاقسام ستته.

أما اذاكان ظهور العيب قبل الكسر فما اذاكان الفاسد بحيث تكون قيمته مساويا لقيمة الصحيح فح ليس للمشترى أخذ الارش فان المفروض ان قيمتهما متساوية فالارش انما يكون اذا كانت قيمة المعيب أقل من الصحيح فان الارش عبارة عن تفاوت القيمة بين الصحيح و المعيب فاذالم يكن تفاوت فى البين فأى معنى للأرش نعم له فسخ العقد لخيار العيب أو امضائه كك وأما اذا كانت قيمة الفاسد أقل من قيمة الصحيح فيتخيّر المشترى بين الامور الثلاثة فسخ العقد أو الرضى به بدون الأرش أو الرضا بمع الارش

فان المعيب أقل قيمة من الصحيح فللأرش هنا مجال ٠

وأما اذا كان الفاسد بمرتبة لا قيمة له أصلا كما اذا اشترى بطيخا فظهر فاسدا على نحو لم تكن له قيمة أصلا كان يعدّ من الزبالة ففى هنا يحكم بالبطلان اذ المبيع من حيث عدم مالية فى حكم المعدوم فليس هنا أرش أيضا ،بل الحكم هو الانفساخ ليس الا بل الوجه هو البطلان لعدم اعتبار العقلاء ذلك البيع بيعا أصلا حتى بناء على عدم اعتبار المالية فى المبيع كما بنينا عليه فى أول البيع فان ما ليس بمال يعدّ فى نظر العرف نوعا أخر فى قبال ما هو مال فاذا وقع البيع بالمال فظهر غير مال فقد تخلّف صورته النوعية فيكون فاسدا ،من هذه الجهة نظيرما اذا اشترى أحد عصفورا فبان انه حشرة من الحشرات فان بيع الحشرات فى نفسه و ان كان جائزا و لكن المبيع هنا ليس هو الحشرة ،بل هو العصفور فما هو مبيع ليس بموجود و ما هو موجود ليس بمبيع و كذلك الحال فى المقام ٠

و أما اذا ظهر الفساد بعد الكسر فان كان الفاسد أيضا مالا و كانت قيمته مساوية لقيمة الصحيح فليس للمشترى هنا شىء أصلا من انحاء الخيارات أما الأرش فلما عرفت من عدم تفاوت المعيب مع الصحيح من حيث القيمة و أما الرد و الفسخ فهو و ان كان جائزا قبل الكسر و التصرف و لكن يسقط ذلك بعد الكسر للنص(١) الخاص الوارد فى خيار العيب من أنه اذا أحدث فيه حدثا أو لامس فلا يجوز له الرد فيكون ذلك ساقطا للنص وان كان هو جائزا فى نفسه بحسب القاعدة ٠

و لا يفرق فى ذلك بين أن يكون للمكسور قيمة أولا ولا بين أن تكون قيمة

---

(١) وسائل :ج ١٢ باب سقوط خيار المشترى بتصرفه ح ١ و٣ ص ٣٥١

الفاسد بعد الكسر أقل من الصحيح أولا فانه على كل تقدير ليس له حق الرجوع بوجه فانك عرفت أن قيمة الصحيح و المعيب متساويتان و انما سقط الفاسد عن القيمة أو نزلت قيمته بكسر المشترى ٠

و أما اذا كانت قيمة الفاسد أقل من قيمة الصحيح فح فلا يجوز للمشترى الفسخ لماعرفت من سقوطه بالكسر للنص فح يتخير المشترى بين الـرضى بالعقد بدون الأرش أوالرضا به مع أخذ الأرش و المراد من الأرش هنا هو تفاوت ما بين الصحيح و الفاسد قبل الكسر لا بعده اذ قدلا يكون للفاسد قيمة بعد الكسر أصلا كما عرفت و لكن ذلك مستند الى فعل المشترى و احداثه فيه حدثا فيسقط للنص ٠

و أما اذا لم يكن له قيمة أصلا فحكمه حكم قبل الكسر اعنى انفساخ العقد اذ لا مالية للمبيع أصلا و العقلاء لا يعتبرون مثل ذلك البيع بيعا وانما هو فى صورة البيع والامر كك حتى مع القول بعدم اعتبار المالية فى المبيع كما عرفت فان البطيخ اذا ظهر معيبا بحيث لا يعدّ من المأكول فيكون نوعا آخر فى مقابل المأكول فهما فى نظر العرف مختلفان بحسب الصورة النوعية كما لا يخفى فيكون البيع باطلا من الاول سواء كان ظهور العيب قبل الكسر أو بعده ،فيكشف عند ظهور العيب أنه باطل من الاول كما صرح به الشيخ و الحلى والعلامة فى التذكرة مستدلين بوقوعه على ما لا قيمة له كالحشرات وهو صريح جملة ممن تأخر عنهم أو ظاهر آخرين ٠

و لكن الظاهر المحكى عن الشهيد فى الدروس انفساخ البيع من حين تبين الفساد لا من أصله و جعل الثانى احتمالا و نسبه الى ظاهر الجماعة وقد أشكل عليه المصنف بما لا يخلو عن المتانة و حاصله أنه لم يعلم لذلك وجه ،ولذا نسب الشهيد الثانى فى الروضة خلافه الى الوضوح والوجه فى

بطلانه أن الفاسد ان لم يكن من الاموال فيفسد البيع من أصله لأن كون المبيع متمولا شرط واقعي لا علمي ،وان كان من الاموال فان لم يكن تفاوت بين الصحة و المعيب فليس للمشترى خيار فكك بعد التصرف و ان كان له خيار عيب قبل التصرف كما تقدم ،و ان كان بينهما تفاوت فيؤخذ التفاوت بعد التصرف لا جميع الثمن و قبل التصرف يتخير بين الامور الثلاثة ، كما تقدم ·

ثم وجه كلامه بانه الآ ان يقال انه مال واقعي الى حين تبين الفساد فاذا سقط عن المالية لامر سابق على العقد وهو فساده واقعا كان فى ضمان البايع فينفسخ البيع ،بل يمكن ان يقال بعدم الانفساخ و حيث ان خروجه عن المالية لامر سابق و سبب سابق كان فى ملك البايع فكان الضمان على البايع·

و الحاصل أن البيع منفسخ فى زمان ظهور العيب والرجوع الى البايع من جهة كون حدوث العيب فى ملكه كما لا يخفى ·

ثم اشكل عليه المصنف بكونه على خلاف القواعد على ما سيأتى فى الخيارات ،وانما تعرضه المصنف هنا لاجل خصوصية فى المقام ·

و حاصل ما أورده المصنف عليه أنه ان كان العلم بالعيب موضوعا للخروج عن المالية فيكون حدوث العيب فى ملك المشترى فلاوجه للرجوع الى البايع و ان كان طريقا الى ذلك فيكون كاشفا عن البطلان من الاول فانه اذا انكشف الفساد حكم بعدم المالية الواقعية من الاول فلاوجه للحكم بالانفساخ حين ظهور العيب على أنه لو سلمنا أن العلم بالعيب مخرج له عن المالية لا كاشف فهو مثال ان زيد يعمى بعد مدة و كالعبد المريض يموت بعد مدة فانه فى مثل ذلك فيرجع الى البايع لا فى جميع المبيع، بل

بالتفاوت بين الصحيح والمعيب قبل التلف والخروج عن المالية ، لأن المعيب أيضا له مالية وله قيمة كما لا يخفى على أن فوات المالية يعدّ تلفا لا عيبا كما هو واضح ·

و بالجملة لا نعرف وجها لتصحيح كلام الشهيد فانه ان كان الفاسد له قيمة فحكمه ماذكرناه وان لم تكن له قيمة فحكمه الانفساخ من الاول لعدم كونه مالا من الاول على أن ما وقع عليه البيع غير الموجود وما هو موجود غير ما وقع عليه العقد كما تقدم ·

الكلام فی ثمرة الخلاف

و أما ثمرة الخلاف بين ماكان الانفساخ من الاول كما ذهب اليه الاكثر على ماعرفت، وبين ماكان من حين ظهور العيب فی المبيع فهی تظهر فی ترتب آثار ملكية المشتری الثمن الی حين تبين الفساد فلو اشتری البايع دارا بالثمن المذكور فربح فی ذلك الفا فانه للمشتری على المشهور لحصول الانفساخ من الاول وعدم خروج الثمن من ملك المشتری أصلا فيكون اشتراء الدار فضوليّا ·

و للبايع على قول الشهيد كما هو واضح ·

وعن الدروس و اللمعة أن الثمرة تظهر فی مؤنة نقله عن الموضع الذی اشتراه فيه الی موضع اختبار فقد ذكر فی ذلك أقوال ثلاثة :ـ

الاول : ماذكره الشهيد الاول من أن مؤنة النقل على تقدير انفساخ العقد من الاول انما هی على البايع، وعلى المشتری لو قلنا بالانفساخ حين ظهور الفساد فی المبيع لوقوعه فی ملكه، و قد نقل المصنف هذا الوجه و ارتضاه ·

الثاني : ماذكره المحقق الثاني في جامع المقاصد وتبعه الشهيد الثاني من كونها على المشتري مطلقا وليس له أن يرجع الى البايع، والوجه فيه هو أن المشتري نقله بغير أمر البايع.

الثالث: ماذكره المصنف عن بعض الاساطين ـ كاشف الغطاء ـ و هو كونها على البايع مطلقا فانه قدره نفي البعد عن ذلك، و الظاهر: أن شيئا من الوجوه الثلاثة لا يمكن المساعدة عليه.

أما الوجه الاول: فلا دليل عليه من النص و الاجماع و العقل، لأن مجرّد ظهور العيب في ملك المشتري لا يستلزم كون غرامة النقل عليه كما ان عدم ظهور في ملك الغير لا ينفي الغرامة عنه، بل لابد في ذلك من وجود السبب للضمان، وكذلك لا وجه للوجه الثاني و الثالث على وجه الاطلاق، كما سيظهر وجهه.

و التحقيق أن يقال: قد تقدم في بيع الفضولي أنه اذا استند الوقوع على الضرر الى غيره بالاغترار كان ضمانه على الغار لقاعدة الغرور الثابتة بالنقل و الاعتبار و الآ فلا، و عليه فان كانت الغرامة الحاصلة من نقل المبيع الى مكان الاختبار مستندة الى البايع، وكونه غارا للمشتري في ذلك لعلمه بالعيب و جهل المشتري به فمؤنة النقل على البايع.

و أن لم يكن اغترار في المقام لعلمهما بالحال أو جهلهما بها فالغرامة على المشتري، لانك قد عرفت في المبحث المذكور أن الغرور انما يتقوم بأمرين أحدهما علم الغار بالعيب، و ثانيهما جهل المغرور به، و مع انتفاء أحدهما ينتفي الغرور، وعلى هذا فلا وجه لما ذهب اليه جامع المقاصد و ما قرّبه بعض الاساطين على الاطلاق، بل لابد من التفصيل في المسألة بلحاظ الغرور و عدمه، هذا كله في مؤنة نقل المبيع من مكان البيع الى مكان الاختبار.

و أما مؤنة النقل من مكان الاختبار الى مكان البيع أو المكان الاخرمع مطالبة البايع أو كونه فى مكان يجب تفريغه كالمسجد والمشهد أو فى مكان مغصوب فذكر المصنف أنه على البايع على تقديرين لأنه بعد الفسخ ملكه ، وأما لو لم يكن قابلا فلا يبعد مؤاخذة المشترى به .

وفيه أن هذا أيضا لا يتم لعدم الدليل عليه فان مجرد كون المبيع ملكا للبايع بعد الانفساخ لا يوجب كون مؤنة النقل اليه ، بل التحقيق ان يقال : اذا كان المعيب الذى خرج عن المالية ملكا للبايع كحبة من الحنطة مثلا ، أو موردا للحق و ان خرج عن الملكية أيضا كما اذا صار الحيوان ميتة أو ظهر البطيخ فاسدا بحيث لا يعتبر العقلاء فى مثله الملكية أيضا فطلب المالك ملكه أو متعلق حقه فان كانت المعاملة خالية عن غرور البايع المشترى و لم يستند ذلك الى تسبيب البايع لجهله بالحال فمؤنة النقل على المشترى فانه وضع يده على ملك غيره أو على مورد حقه فيجب عليه أن يرده الى صاحبه فان مقتض دليل اليد الثابت بالنص و الاجماع و السيرة كما يشمل الاموال و كك يشمل الاملاك و الحقوق أيضا .

أقول : لا دليل على حرمة التصرف فى ملك الغير ما لم يكن مالا وما لم يزاحم حق المالك و دليل اليد ناظر الى غير ما نحن فيه على انه ضعيف السند و السيرة مشكوكة الشمول له وان استند ذلك الى تغرير البايع المشترى فتكون مؤنة النقل على البايع .

وعلى الجملة أن مجرد كون المعيب ملكا للبايع لا يدل على كون الغرامة ومؤنة النقل من مكان الاختبار الى مكان البيع الى البايع ، بل بعد ما وضع المشترى يده على ملكه بغير اغترار يجب عليه رده الى صاحبه مع المطالبة .

و أما اذا لم يطالب البايع ملكه أو متعلق حقه و لكن كان ذلك فى مورد

يجب تفريغه منه كما اذ كان في مسجد أو في مشهد أو كان ذلك في ملك الغير فطلب تفريغ ملكه فالظاهر في هذا الفرض كون ،مؤنة الافراغ على المشتري حتى مع الاغترار في المعاملة من البايع فان قاعد تال الغرور انما توجب كون غرامة المغرور على الغار فيما يكون التضرر في لوازم المبادلة و التمليك و التملك ومن الواضح أن النقل من مكان البيع الى مكان الاختبار وبالعكس من لوازم التمليك و التملك فتجري فيها قاعدة الغرور ، وأما في ذلك فلا ومن البديهي أن وضع المتاع في المسجد ، أو المشهد أو في ملك غيره ليس من لوازم التملك الذي وقع فيه الغرور و هذا واضح جدا .

ثم ان المحكي في الدروس عن الشيخ (ره) وأتباعه أنه لو تبرء البايع من العيب فيما لا قيمة لمكسوره الى ح .

و فيه قد أشرنا اليه فيما تقدم وقلنا بانه اما غير محتاج اليهأوغيرمعقول بيان ذلك أن البراءة من العيوب ان كان من جهة الاطمينان بصحةالمبيع واحراز كونه سالما عن العيوب اما باخبار البايع أو اعتماداعلىأصالةالسلامة بناء على كونها محرزة لصحته فليس هذا في نفسه شرطا آخرغير اشتراط الصحة ،بل مرجعه الى ذلك فليس لذلك وجه حتى يذكروهامقابلالاشتراط الصحة ،على أنك عرفت أنه لا دليل على كون أصالة السلامة محرزة للواقع حتى فيما كان للمبيع حالة سابقة وان كان المراد من اشتراط البراءة من العيوب هو التبري عن عيوب المبيع بأي نحو كان من غير احرازصحتهبطريق ولااشتراط صحته في المبيع ولو بأصالة السلامة فيكون ذلك تأكيدا للغرر فيكون البيع غرريا ،على أنه لا نحتمل أن يقول أحد بأن البيع اذا لم يكون مشروطا بالبراءة من العيوب يكون فاسدا وأما اذا كان مشروطا بها يكون

صحيحا مع أنه يؤكد الغرر ويقرره كما عرفت وعلى كل حال لا نعقل معنى صحيحا لهذا الاشتراط.

وقد يوجّه بأن المراد من اشتراط البرائة اشتراط المشترى برائة المبيع من العيوب وكونه صحيحا وفيه أولا أنه خلاف الظاهر من ذلك وثانيا ما ذكره المصنف من أن الكلام فى برائة البايع من العيوب دون المشترى فلا يمكن حمله على هذا الوجه.

نعم لو دار الامر بين حمله على الغلط وبين توجيهه بذلك فلا باس به صونا لكلام الاعاظم عن الغلطية.

الكلام فى جواز بيع المسك فى فارة

قوله: مسألة: المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك فى فارة.

أقول: هذا لا شبهة فيه مع الاشتراط أو الاعتماد على أصالة السلامة أو بالاختبار مع الامكان وذكر المصنف (ره) فالاحوط ماذكروه من فتقه بادخل خيط فيها بابرة ثم اخراجه وشمه ثم لو شمه ولم يرض به فهل يضمن هذا النقص الداخل عليه من جهة الفتق فهو مبنى على ضمان النقص فى المقبوض بالسوم من انه هل ضمان المأخوذ بالسوم مع التلف على المشترى أو على البايع وعلى كل تقدير فهل الحكم أعم من تلف الموصوف والوصف أو هو مختص بتلف الموصوف فقط فعلى القول بضمان المشترى للموصوف والاوصاف معا ففى المقام أيضا يضمن لاتلافه وصفا من اوصاف المسك وجعله ناقصا بحيث اخذ عنه وصف التمامية ثم ذكر أن الاولى أن يباشر البايع بذلك ويشمه المشترى.

أقول : لا وجه لقياس المقام بالمقبوض بالسوم لوجهين : الاول : أن النزاع في ضمان المشترى بالمقبوض بالسوم هو فرض التلف ، ففى المقام هو الاتلاف سواء قلنا بالضمان هناك أم لا ، فلابد من القول بالضمان هنا فان من أتلف مال الغير فهو له ضامن فبناء على الضمان بالنقص في مال الغير فيكون ضامنا هنا أيضا كما هو الحق و المحقق فى محله ٠

الثاني : أن الاتلاف هنا مستند الى البايع دون المشترى فلا وجه للضمان على المشترى كما هو واضح ٠

وقد يتوهم بطلان بيع المسك بدون الاختبار لوجهين :ـ

الاول : النجاسة فانه من الدم فهو نجس فيبطل بيعه لذلك ٠

الثاني : للجهالة والغرر اما الاول فيرد عليه اولا أن كون المسك من الدم غير معلوم فانه لا طريق لنا اليه و ثانيا على فرض كونه من الدم فهو طاهر لقيام الاجماع ، بل السيرة على ذلك فاذا كان استعمال المسك في جميع الازمنة متعارفا من غير نكير من أحد بأنه نجس وثالثا لا دليل على كون النجاسة مانعا عن البيع تكليفا ووضعا كما تقدم فى المكاسب المحرمة و قد اعترف بذلك المصنف فى بيع الميتة وأما الوجه الثاني فمضافا الى أن عمدة الدليل على ذلك هو الاجماع لكون دليل نفى الغرر مخدوشا سندا ودلالة وأن الاجماع هنا ليس بتمام لقيام الشهره بل الاجماع على جواز بيع المسك فى فارة على أن مانعية الجهالة انما هى للغرر فهو منفى اذا بيع مع الاشتراط أو معتمدا على أصالة السلامة بالمعنى الذى تقدم ٠

ثم ذكر العلامة فى التذكرة عدم جواز بيع اللؤلؤ فى الصدف و بيع البيض فى بطن الدجاج ٠

أقول :أما بيع اللؤلؤ فى الصدف فلا شبهة فى بطلانه لكونه غرريا فان

بعض افراد اللؤلؤ يسوى بد رهم وبعضه الاخر يسوى بألف د رهم كأختلاف أفراد الضيروزج بذلك فانه قد يكون اللؤلؤ صافيا فيسوى بألف د ينار و قد يكون كدرا فلايسوى الا بد ينار مع اتحاد هما فى الكبر والصغر ٠

وأما البيض فان كان من دجاج يعلم أنه بأى نحو يبيض من الصغر و الكبر بحيث جرى عادته أنه يبيض على نحوه يسوى بيضه بعشر أفلس فهذا لا اشكال فى صحة بيعه لعدم الغرر فيه و ان لم يعلم بذلك وتجرى العادة بأنه بأى كيفية يبيض فبيعه غررى باطل فأن بعض افراد البيوض يسوى بعشرة افلس وبعضه باثنى عشر افلس وبعضه بثمانية افلس ، فلايعلم أن ما فى بطنه من أى قسم من هذه الاقسام ٠

الكلام فى عدم جواز بيع المجهول مع الضميمة وعدمه

قوله : مسألة : لا فرق فى عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم اليه و عدمه ٠

أقول : بعد ما فرغنا من عدم جواز بيع المجهول فهل يجوز بيعه بضم معلوم اليه أم لا فمقتضى القاعدة المقررة على عدم جواز بيع المجهول هو عدم الجواز مع ضم معلوم اليه أيضا لان ضم المعلوم اليه لا يخرجه عن الجهالة بل يكون الثمن الواقع فى مقابل المعلوم أيضا مجهولا فيبطل البيع لذلك وكذلك المبيع فان المجموع من حيث المجموع مجهول اذ ليس المراد من ذلك كون كل جزء جزء من المبيع مجهولا فهذا لا شبهة فيه وعلى هذا فلايجوز بيع السمك فى الاجام وأن ضم اليه السمك المعلوم أو القصب ولا يجوز أيضا بيع اللبن فى الضرع وان ضم اليه المعلوم فان المعلوم فى ذلك كله

يصير مجهولا بالضميمة وهذا على المشهور بين المتأخون ولكن ذهب المشهور من القدماء الى جواز بيع المجهول مع ضمه بالمعلوم عن الخلاف و الغنية الاجماع على ذلك و اختاره المحقق الاردبيلى من المتأخرين و صاحب الكفاية والمحدث العاملى و المحدث الكاشانى و استدل عليه بروايات(١) منها مرسلة البزنطى عن أبى عبدالله(ع) قال اذا كانت أجمة ليس فيها قصب أخرج شيئا من سمك فباعوما فى الأجمة.

و منها رواية (٢) ابن عمار عن أبى عبدالله(ع) لا باس بأن يشترى الاجام اذا كان فيها قصب، والمراد شراء ما فى الاجام و لو بقرينة الرواية السابقة ومنها (٣) رواية أبى بصير فان فيها تصيد كفا من سمك تقول اشترى منك هذا السمك وما فى الاجمة.

و منها موثقة(٤) سماعة قال سألته عن اللبن يشترى و هو فى الضرع قال لا الا أن يحلب لك منه اسكرجة فيقول اشتر منى هذا اللبن الذى فى الاسكرجة و ما فى ضرعها بثمن مسمى، فان لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى الاسكرجة الى غير ذلك من الروايات

ومنها (٥) ما عن ابراهيم الكرخى قال قلت لابى عبدالله(ع) ما تقول فى رجل اشترى من رجل اصواف مائة نعجة و مافى بطونها من حمله كذا

---

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٢٦٣ حد ٢

(٢) وسائل: ج ١٢ س ٢٦٤ حد ٥

(٣) وسائل: ج ١٢ ص ٢٦٤ حد ٦

(٤) وسائل: ج ١٢ ص ٢٥٩ باب ٨ حد ٢

(٥) وسائل: ج ١٢ ص ٢٦١

و كذا درهما قال لا بأس ان لم يكن فی بطونها حمل كان رأس ماله فی الصوف، ومنها (١) ما دل على جواز بيع ما تقبل من خراج الرجال و جزية رئوسهم و خراج النخل و غيره اذا كان شیء واحد منها معلوما و بالجملة فالروايات الواردة فی المقام على ثلاث طوائف منها ثقات و حسان و منها ضعاف.

الاولى : ما دل على جواز بيع السمك مع الآجام والثانية ما دل على جواز بيع الحمل بضميمة الصوف و الثالثة ما دل على جواز بيع الجزية و شرائها و نقلها من المتقبل بضميمة الجزء المعلوم منها.

و قد اشكل المصنف على الروايات و محصله يرجع الى وجوه، الاول أنه على تقدير العمل بالروايات فلابد من الاقتصار بمواردها فلايجوزالتعدی عنها لانها روايات قد وردت على خلاف القاعدة فيقتصر على مواردها المعلومة فلايمكن أخذ ما يستفاد منها قاعدة كلية لتكون سارية فی جميع الموارد حتى يكون تخصيصا للقاعدة المتقدمة من عدم جواز بيع المجهول فی جميع الموارد فی خصوص موارد الروايات.

الثانی : أن الروايات غير معمول بها حتى فی مواردها فان الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون ولذا جعلوه من الربويات، و كك أن مورد رواية الكرخی جواز بيع الحمل فی البطون مع ضميمة الاصواف ، و من الواضح أن الأصواف فی نفسها مجهولة المقدار و كك أن ما فی الاسكرجة من الحليب أيضا مجهول المقدار فلم يعمل أحد بهذا و القائلون بالجواز يقولون فی ضم المعلوم الى المجهول و لذا منع المشهور عن بيع اصواف

---

(١) وسائل : ج ١٢ ص ٢٦١

الحيوان فى ظهورها والقائلون بالجواز استدلوا برواية الكرخى .

الثالث: أن مورد بعض الروايات غير ما هو محل الكلام فان محل كلامنا هو بيع مجهول الاوصاف مع ضميمة المعلوم اليه ومورد رواية سماعة هو كون المبيع مجهول الحصول فانه لا يعلم وجود اللبن فى الضرع وعدم وجوده حتى يضمّ عند البيع بما فى الاسكرجة .

و لكن الظاهر أن شيئا من الوجوه لا يكون وجها لطرد العمل بالروايات أما الوجه الاول فلأن الظاهر من الروايات هو التعليل الشامل للمورد و غيره فلاوجه للمناقشة بعدم التعدى من مورد الرواية الى غير موردها فان قوله(ع) فلو لم يكن فى البطون حمل لكان الثمن فى مقابل الاصواف وكذ قوله فان لم يكن فى الضرع لبن لكان الثمن فى مقابل ما فى الاسكرجة يفيد التعليل يعنى أن المناط فى صحة البيع أن لا يذهب الثمن هدرا بل لا بد و أن يقع فى مقابله شيء وهذا يعم الى جميع موارد بيع المجهول مع ضميمة المعلوم ،وقد تقدم نظير ذلك فى بيع عبد الآبق و قلنا بجواز التعليل من مورد الروايات لمكان هذه العلة التى ذكرت فى تلك الروايات الواردة فى بيع العبد مع الضميمة أيضا كما تقدم .

و أما الاشكال الثانى أعنى عدم كون بعض هذه الروايات غير معمول بها ففيه أن جهة السؤال فيها انما هو خصوص جهة بيع المجهول مع ضميمة المعلوم و أما كون الضميمة معلومة أو غير معلومة من المكيل والموزون أم لا فخارجة عن جهة السؤال فلعل السائل كان عالما بها و الحاصل لا يجوز دخل ما ليس مورد السؤال فى الرواية بما هو مورد السؤال و رفع اليد لاجل ذلك عن الروايات ،على أنه يحمل أن يكون ما فى الاسكرجة معلوما لاحتمال كونها من المكيال و كذلك لا نقبل كون السمك من الموزون

دائما ، بل کثیر ما یباع بالعدد کما تعارف ذلک فی اطراف الشط کثیرا نعم ربما یباع بالوزن ولکن أن الاصواف لعلها کانت معلومة بالمشاهدة بان کان أوان جزئها و بیعت مع المشاهدة أو کانت مجزاة أصلا وبالجملة لا وجه لهذه المناقشة أیضا .

و أما الاشکال الثالث أعنی کون المبیع مجهول الحصول لا مجهول الوصف ففی هنا أیضا أن جهة السؤال فرض کون المبیع موجودا و لیس جهة السؤال فرض کون المبیع مجهول الحصول علی ان کون اللبن فی الضرع لیس من مجهول الحصول بل کثیرا یطمئن الانسان ، بل قد یکون اللبن موجودا فی الضرع کما هو واضح فالحق أنه لا مانع من العمل بالروایات و جواز التعدی عنها فان فیها صحاح و موثقات .

الکلام فی بیان اقسام التابع

قوله : بقی الکلام فی توضیح التفصیل المتقدم .

أقول : بعد البناء من المصنف علی عدم جواز بیع المجهول مع الضمیمة تکلّم فی معنی التابع فان العلامة فصّل فی بیع المجهول بین ماکان الانضمام مستقلا فحکم بعدم الجواز و بین ماکان تابعا فحکم بالجواز .

و توضیح المقام أن التابع قد یکون داخلا فی المبیع و یکون جزء منه و هذا کأسّ الجدران و الحیطان وأخشاب القبب و حدیدتها فانها تابعة لبیع الدار وجزء منها و هذا لا شبهة فی جوازه أی یجوز بیع الدار مع کون هذه الامور من التوابع مجهولة فان الغرض من کون المبیع معلوما کونه معلوما عند العرف بحیث یقال انّ هذا المبیع معلوم وان کان بعض اجزائها

مجهولة بل لا يوجد مبيع فى العالم يكون معلوما من جميع الجهات للمتبايعين فانه لا يعرف حقائق الأشياء وخصوصياتها من جميع الجهات الا علّام الغيوب و من ارتضاه لغيبه فان بيع الحصر مثلا مع كونه معلوما بالمشاهدة و الزرع لا يعلم أنه بأىّ مقدار من الخيوط اشتملت وهكذا و هكذا .

و هذا القسم من التبّع خارج عن محل الكلام لعدم كونه تبعا بل من الأجزاء و كلامنا فى التبع الذى يكون خارجا عن المبيع و اطلاق التبع عليه مسامحة واضحة ومن هنا ظهر ما فى كلام العلامة فى التذكرة من اطلاق التابع على أسّ الحيطان .

الثانى : أن يكون التابع أمرا مستقلا وراء المبيع و هذا لا يدخل فى المبيع الاّ بالاشتراط أو كونه جزء من المبيع من الاول بحيث يقع البيع عليهما معا والاّ فيكون خارجا عنه من غير أن يرتبط به أصلا .

نعم قد يكون داخلا فى المبيع بحسب الارتكاز من غير أن يكون أمرا آخر مستقلا بل يكون مغفولا عنه فى نظر المتبايعين كما اذا باع دجاجا فباض بعد البيع فانه يكون للمشترى بحسب الارتكاز أو اشترى اجمة فظهر فيها سمك أو سمكين أو اشترى حيوانا فظهر كونه حاملا الى غير ذلك من الامثلة فان الارتكاز فى جميع ذلك موجود على كون الامر الخارج داخلا فى المبيع و من هذا القبيل الجل للفرس و لكنّه داخل فى صورة الاشتراط أيضا و على الجملة لا يدخل الامر الخارجى المستقل فى المبيع الاّ بالاشتراط أو بوقوع البيع عليه من الاول بحيث يكون المبيع أمرا مركبا .

وعليه فلاوجه للتفصيل بين التابع العرفى و غير العرفى بان يقال أن التابع قد يكون أمرا عرفيا فيكون داخلا فى المبيع فلا تضر الجهالة فيه و قد يكون أمرا غير عرفىّ فلا يدخل فى المبيع فانه لاوجه لهذا التفصيل بعد

التفصيل المتقدم من ان انضمام المعلوم بالمجهول أن كان من قبيل كون المجهول تابعا فيصح والاّ فلا يصح فانه لا معنى لدخول شيء خارجي عن المبيع المجزى عنه بنظر العرف وكونه من التوابع العرفية بعد ما عرفت أنه لا بدّ من دخول الامر الخارجي اما من الاشتراط أو وقوع البيع عليه من الاول.

نعم يمكن أن يقال أن التابع قد يكون فى الأمور العرفية أى فيما يعدّ فى نظر العرف من شؤونات المتبوع كما هو واضح ،ولكنه لا يصلح تفصيلا فى المسألة.

ومن هنا ظهر أنه لا وجه لما ذهب اليه شيخنا الاستاد والتظهره من الشهيد و المحقق الثانى وقواه من ان المراد من التابع هو ما يعد فى العرف تابعا كمفتاح الدار وحمل نعجة والبيض الذى فى جوف الدجاجة و اللبن فى الضرع الدابة ونحو ذلك وأيضا ظهر مما ذكرنا من عدم دخول الامر الخارجى فى المبيع الاّ بالاشتراط أو جعله جزء من المبيع من الاول.

على أنه لا وجه لما استظهره من المحقق القمى و صاحب الجواهر أن المراد من التابع هو التبعية فى الجعل و التبانى بمعنى أن المبيع و لو كان فى الواقع هو المجهول ولكن للتخلّص عن الغرر يجعل تبعا للمعلوم كما فى مورد التخلص عن الربا فى البيع الخيارى فى كثير من المعاملات.

و ذلك لانه ليس الا كون الامر الخارجى داخل فى المبيع بايقاع البيع عليه وعلى شيء آخر فلايكون أيضا تفصيلا آخر فى المسألة.

نعم قد يكون المعلوم متقدما فى الذكر والمجهول متأخرا كقول البايع بعتك هذا الكيلو من الشكر مع هذا القند الموجود فى الكس و قد يكون بالعكس اى يكون المعلوم متأخرا و المجهول متقدما ولكن هذا المقدار لا يكون وجها فى التفصيل كما هو واضح.

و أما ماذكره العلامة فى التذكرة من أن التابع ماأخذ شرطافى المبيع فى مقابل ماجعل جزء منه فقد اختاره أيضا شيخنا الاستاذ بدعوى أن المجهول لوكان تابعا للمبيع أو جعل شرطا لا تضرّ جهالته لان ماوقع فى عقد المعاوضة مبيعا ليس مجهولا و ما هو مجهول لم يقع عليه العقد و لا يرد على هذا الوجه أن المبيع يكون ح مجهولا لعدم كون التابع معلوما فلا يعلم أن ما يقع من الثمن فى مقابل المعلوم هو أى مقدار و وجه عدم الورود أن الشروط لا تقابل بشىء من الثمن و انما هو فى مقابل المبيع فقط و فائدة الشروط انما هى تسلط المشروط له على الفسخ و هذا بخلاف ما كان المجهول هو جزء المبيع فان الجهالة تسرى الى الجزء الاخر أيضا فيكون مجموع المبيع مجهولا ٠

الكلام فى معنى التابع

و حاصل الكلام من الاول أنه وقع الكلام فى جواز بيع المجهول مع ضميمة المعلوم اليه وعدمه و فصّل العلامة بين ماكان المجهول تابعا فيجوزبيعه و بين ما اذا كان جزء مستقلا من المبيع فلايجوز و لهذا وقع الكلام فى معنى التابع٠

و قد يراد منه مايكون جزء من المبيع حقيقة ولكن يكون مغفولا عنه وغير دخيل فى مالية المبيع أصلا سواء كان ذلك الجزء بنفسه له مالية أو لم يكن و من القسم الجيد أو من القسم الردى و هذا كأساس الدار فانه دخيل فى مالية المبيع فان الدار بدون الأساس لا قوام لها بل قد يصرف المال فى نفس الأساس مايحاذى مايصرف فى نفس الدار ولكنه مغفول عنه فى

بيع الدار و غير ملحوظ فيه أصلا و من هذا القبيل قطن الجبة المرسومة فى السابق حيث يضعونه فى الجبة للحرارة و حفظ البرودة فان هذا القطن لم يلحظ فى بيع الجبة انه أى مقدار فالجهالة بمقداره لا تضرّ بالمبيع فان ما هو مورد للغرض منه هو وجود نفس القطن فيها بل ربما لا يكون الغرض متعلقا بوجود القطن ، بل يكون الغرض قائما بوجود شىء فيه ليحفظ الانسان بضمامته عن البرودة وان كان من غير القطن و أما أنه أى مقدار فليس موردا للغرض ، بل أنه أىّ شىء أيضا قد لا يكون موردا للغرض كما هو واضح ، و من هذا القبيل القطن الموضوع فى صدر الجبة أو الثوب الاخر ليمنعه الارخاء فانه قد يكون من الكرباس و قد يكون من غيره ،وقد يكون زائدا وقد يكون ناقصا فشىء منها لا يكون محطا للغرض و ان كان مقوّما للمالية .

وعلى هذا لا تكون جهالتها موجبة لبطلان البيع فانها لا تكون فى مقابل الثمن من شىء أصلا فكما لا تضرّ جهالته بالبيع ولا تمنع عن صحته و كذ هو خارج عن ما نحن فيه من أى أقسام التابع فان المذكورات وامثالها من اجزاء المبيع لا من الامور الخارجة عنه حتى يقال انها داخلة بالتبع أم لا كما هو واضح .

الثانى من أقسام التابع التابع العرفى بأن لا يكون الشىء جزء من المبيع بل من الامور الخارجية ولكن العرف يحكم بحسب ارتكازهم بكون ذلك الامر الخارجى من تبعات المبيع بحيث لا يحتاج دخولها فى المبيع الى الذكر أصلا ،ولا أن جهالتها توجب بطلان البيع فانها امور خارجة عن المبيع ، بل غير ملحوظ فى نفسها و مغفول عنها و انما الغرض تعلق بأصل المبيع و مثل هذه الامور مع كونها من الأمور الخارجية لا تكون خارجة عن المبيع الاّ باشتراط عدمها والاّ فمجرّد عدم التعرض لها يكفى فى دخولها فى

المبيع كما لا يخفى .

وهذه كدخول المسامير في الجدران في بيع الدار ويمكن أن يكون الكهربا والماء في هذا الزمان من هذا القبيل بان يكون مجرد السكوت عنهما كافيا في دخولها في المبيع فالجهالة بأى شيء منها لا توجب بطلان المعاملة وغرريتها فانها مع كونها خارجة عن المبيع غير دخيلة في مالية المبيع ومع كونها دخيلة فيها غير ملحوظة بنفسها وانما دخولها بالارتكاز فيكون داخلا في التفصيل بين ما يكون التابع داخلا بالاشتراط أو بالجزئية الذى فصّل به العلامة (ره) فلا معنى للتفصيل بين أن يكون التابع أمرا عرفيا أو غير عرفي فان العرف ليس له أن يحكم بكون الشيء داخلا في المبيع الا بالارتكاز المتقدم وقد عرفت أنه من أقسام الشرط وفي الحقيقة أن هذا ليس تفصيلا في كون التابع المجهول موجبا للغرر وعدمه وتخصيصا لنهى النبى (ص) في بيع الغرر بل هو خارج عن الغرر تخصصا كما لا يخفى . فافهم .

وقد عرفت مفصّلا أن الشيء لا يدخل في المبيع الا بالاشتراط ، أو بالجزئية . فالعرف بما هو عرف ليس له أن يدخل شيئا في المبيع الا بالارتكاز المذكور الذى عرفت أنه من جملة الشروط .

وأما التفصيل بين التابع وغير التابع والقول بان المجهول ان كان تابعا للمبيع فيصحّ والا فيبطل فان رجع الى الاشتراط فله معنى معقول ولكن ليس وجها آخر وتفصيلا وراء التفصيل بين الاشتراط والجزئية الذى ذكره العلامة وان اراد المفصّل شيئا آخر فلا نعقل له معنى محصلا فانه لا يدخل شيء في المبيع الا بأحد الوجهين من الاشتراط والجزئية والا فيكون كوضع الحجر في جنب الانسان وأما ماذكره المحقق القمى و

صاحب الجواهر من أن المجهول يكون تابعا فی مقام الجعل و التبانی فح لا يوجب غررية المعاملة وهذا بخلاف ما لو كان التبع فی عالم الجعل و التبانی و فی مقام الانشاء هو المعلوم وكان المبيع أی المتبوع هوالمجهول فانه ح تكون المعاملة غررية و باطلة.

و فيه ان كان المراد من ذلك هو التقديم و التأخير فی الذكرفله وجه و لكنه لا يوجب مجرد التقديم و التأخير فی الذكر التفصيل بأن يكون أنه ان قال البايع بعتك هذه الدار المعلومة و ما فی الكيس الذی هو مجهول يصحّ البيع و لو انعكس بطل.

و ان كان المراد من ذلك هو الاشتراط و الجزئية بان يكون المراد منه أنه لو كان المجهول داخلا فی المبيع بعنوان الاشتراط صح البيع و ان كان بعنوان الجزئية بطل فله معنى معقول و لكنه ليس تفصيلا آخر فی المسألة وراء ماذكره العلامة (ره) من التفصيل بين الجزئية والشرطية.

و ان كان المراد من هذا التفصيل غير ماذكرناه فلا نعقل له معنى صحيحا ليرجع الى محصّل.

و أما ماذكره المصنف من احتمال أن يكون مرادهم التابع بحسب القصد من المتبايعين وهو ما يكون المقصود من البيع غير المجهول.

فان كان المراد من القصد هو الغرض الشخصی بأن كان غرض المشتری هو الشیء المعلوم و ان كان قيمة المجهول اضعاف قيمة المعلوم ، و لكن غرضه لم يتعلق الاّ بالمعلوم فمن الواضح أن الاغراض الشخصية لا توجب رفع الغرر عن المعاملة كما تقدم فی البحث عن بيع الغرر فان الغرر انما هو يتحقق فی المعاملات بحسب النوع و ان كان البيع فی اعتقاد المشتری غير غرری مثلا لو اشتری صبرة مجهولة من الحنطة و لم يكن مورد غرضه الا حقّة

واحدة فلا يوجب ذلك ارتفاع الغرر عن المعاملة بحسب الغرض النوعى و هكذا لو اشترى أجمة ولم يكن غرضه الآ القصب مع كونها مشتملة على الاسماك الكثيرة فانه لا شبهة فى كونه المعاملة غررية بحسب الغرض النوعى وان كان غرض المشترى حاصلا و هكذا و هكذا.

وعلى الجملة فالاغراض الشخصية غير دخيلة فى رفع الغرر وان كان أصل قوام الغرر وتحققه شخصيا أى قائما باحتمال الخطر الذى هو أمر شخصى.

وان كان المراد من القصد والغرض هو الغرض النوعى وعليه فان كان المقصود الذى جعل تابعا من القلة بمكان لا يعتنيه العرف فى مقابل المقصود بحيث لا يكون دخيلا فى زيادة المالية للمبيع أصلا فلا شبهة فى صحة البيع و هذا كما اذا اشترى آجاما وكان هو المقصود من البيع وكانت الاجمة مشتملة على السمكة أو سمكتين فان الجهل بهذا لا يضر بصحة البيع فلا يوجب كون المعاملة غررية فان العادة قاضية بأن الاجمة لا تخلو من سمك عادة ومن هذا القبيل بيع الدجاج ثم باضت فان الجهل بوجود البيض فيه لا يضرّ بصحة بيع الدجاج لعدم كون السمك فى المثال الاول ووجود البيض فى المثال الثانى غير مقصود وغير دخيل فى مالية المبيع وان كان كل من السمك والبيض يباعان مستقلا ويتساويان بالمال و لعل من هذا القبيل ما تقدم من التابع العرفى بل هذا النحو من غير مقصود داخل فى المبيع بالارتكاز كما تقدم فليس وراء الاشتراط شىء آخر وان كان غير المقصود كثيرا فى نفسه بحيث يكون بنفسه موردا للغرض و محطّا للمقصود بل قد يكون قيمة غير المقصود مساويا مع قيمة المقصود أو أكثر منها ،ففى هذه الصورة و ان لم تكن المعاملة غررية بالنسبة الى المشترى لكون المقصود بمقدار يساوى

القيمة المذكورة و الثمن الذى يعطى للبايع وانما يكون غير المقصود له مجانا و لكن المعاملة غررية بالنسبة الى البايع فانه عامل معاملة لا يعلم أن ماخرج من كيسه أى مقدار و أن الثمن يساوى بأى مقدار من المثمن فتبطل للغرر كما هو واضح ،فان هذه المعاملة من اوضح أفراد المعاملة الغررية

على انه لا يدخل فى المبيع الاّ باحد الوجهين المتقدمين من الجزئية أو الشرطية و الا فيكون أجنبيا عن العقد، بل يكون كوضع الحجر فى جنب الانسان وح فلايكون تفصيلا آخر غير ماذكره العلامة من التفصيل بين أن يكون التابع جزء أو شرطا اذا فانحصر الكلام بما ذكره العلامة من التفصيل بين كون التابع المجهول جزء فيبطل البيع و بين كونه شرطا فلايبطل وأما الوجوه الاخر فليست قابلة للتكلم عليها بوجه ،وقد ذكر هذا الوجه العلامة (ره) أورد عليه المحقق الثانى بأن العبارة لا أثر لها فعلى كل حال فالمعاملة ان كانت غررية فتبطل والاّ فلا تبطل.

و قوىّ هذا الوجه شيخنا الاستاذ وفرّق بين الجزء والشرط بان الثمن يقسّط على الجزء و لكن لا يقسّط على الشروط.

أقول : الظاهر انه لا يمكن تصديق هذا التفصيل على وجه الاطلاق فان لازم ذلك أنه اذا قال بعتك هذا الكيلو من السكر بعشرة دنانير بشرط أن يكون ما فى الكيس لك فلا يعلم أن ما فى الكيس درهم أودينار أقل أو أكثر ،فهذا من أوضح أفراد المعاملة الغررية فان المعاملة فى نظر العرف يلاحظ مع جميع شروطها وان لم يكن للشروط قسط من الثمن ، فلو عامل أحد هكذا بان باع داره التى تسوى بألف دينار بدينار بشرط أن يكون ما فى الصندوق أيضا للبايع، فلايعلم أن فيه أى مقدار من الفلس فلا يشك أحد فى كون مثل هذه المعاملة غرريّة جدا.

والتحقيق ان يفصل فى المقام بأن مدرك الحكم ببطلان البيع الغررى ان هو دليل نفى الغرر ،فلاشبهة فى كون مثل هذه المعاملة غررية كما عرفت ولكن عرفت المناقشة فيه من حيث السند والدلالة وان كان المدرك فى المقام هو الاجماع بان يقال انه قام الاجماع على كون الجهالة مبطلة للمعاملة فمن الواضح أنه دليل لبى فيقتصر على المورد المتيقن و هومااذا كانت الجهالة فى المبيع لا فى الشروط الآ أن يكون لاحد قطع على شموله للشروط أيضا ونحن لا نقطع بذلك ·

و توهم ان الشرط يوجب رفع الغرر مع خيار تخلّف الشرط كما تقدم فاسد فان هذا الشرط النتيجة فلا خيار فيه فان قول البايع بعتك الشىء الفلانى بكذا بشرط ان يكون ما فى الكيس لك اشتراط كون ما فى الكيس له قليلا كان أو كثيرا ويتحقق ذلك بمجرد تحقق البيع فلا تخلّف فيه حتى يوجب ثبوت الخيار ·

الكلام فى الاندار

قوله : مسألة يجوز أن ينظر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة والنقيصة على المشهور ·

أقول : بل ادعى عليه الاجماع وعن الفخر الدين التصريح بدعوى الاجماع وقد ذكرت أقوال فى تفصيل :ـ

الاول : جواز الاندار بشرطين كون المندر متعارف الاندار عند التجارة وعدم العلم بزيادة ما يندر ·

الثانى : عطف النقيصة على الزيادة فى اعتبار عدم العلم بها ·

الثالث : اعتبار العادة مطلقا ولو علم الزيادة أو النقيصة ·

الرابع: التفصيل بين ما يحتمل الزيادة فيجوز مطلقا و ما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضى ·

الخامس: عطف العلم بالنقيصة على الزيادة·

السادس: اناطة الحكم بالغرر·

و لكن النفى و الاثبات فيها لا يرد على مورد واحد تحقيق الكلام هنا فى جهتين :ـ

الاولى: فى تحقق الاندار فى مقام الاعطاء و القبض والاقباض بعد الفراغ عن صحة البيع·

و الثانية: فى كون الاندار فى مقام البيع و مرحلة انشاء المعاملة وتصحح البيع بحيث يكون سالما عن الغرر·

أما الجهة الاولى: فلاشبهة فى صحة البيع وعدم كون المعاملة غررية فانها تحققت صحيحة فالاندار فى مقام الاقباض لا يوجب قلب المعاملة عن صحتها الى غيرها وح يجوز الاندار مع التراضى فى مقام الاعطاء ولو بمقدار اكثر من الظرف فان المتاع مال للبايع فهو مسلّط على ماله فله أن يبذل مقدار منه أو جميعه، فقول شيخنا الاستاذ أن الاندار يوجب جهالة المبيع ولو بعد تحقق البيع صحيحا لا يمكن المساعدة عليه و ما ذكره كاشف الغطا (ره) من كون الاندار موجبا للغرر فيكون البيع الذى وقع فيه الاندار باطلا فى غير هذه الصورة كما سيأتى وان لم يتراضيا بالاندار فايضا لاوجه لبطلان البيع، بل يحكم بصحته اذا كان المبيع مما تعارف الاندار فيه كما بيع الادهان و الدبس و النفت و الاثمار و الارز وغيرها فان كثيرا من الاشياء قد جرت العادة بالاندار فيه بعد البيع فان رضى المالك به فلا كلام فيه كما تقدم، وان لم يرض به المالك فبالشرط الضمنى العقدى نجبره على

الاندار فان جريان العادة بذلك فى حكم الاشتراط فى ضمن العقد صريحا فح يجوز الاندار فلايضرّ بصحة المعاملة أيضا .

وان لم يرض البايع بالاندار ولم يكن المبيع من الاشياء التى تعارف فيها الاندار ليكون جوازه ثابتا بالشرط الضمنى فنأخذ القدر المتيقن ونجرى البرائة من المقدار الزائد عنه وباستصحاب عدم زيادة عن المقدار المتيقن كما هو واضح و نظير ذلك ما اذا مات البايع و المشترى بعد المعاملة و وقع النزاع فى مقدار العوضين فانه ح يؤخذ القدر المتيقن و تمسك فى الباقى باصالة عدم زيادة المبيع عن المقدار المتيقن وبرائة الذمة من القدر الزائد منه .

فتحصل أن هذه الصورة خارجة عن مورد النقض ولا برام و عن محل الاقوال المذكورة كما هو واضح .

الجهة الثانية : أن يكون الاندار حين البيع بحيث يقع البيع على المندر بأن يقول بعتك هذا الدهن غير ظرفه مع كون الظرف و الدهن مجموعهما معلوما و لكن كل واحد منهما لم يكن معلوما و هكذا لو قال بعتك الشىء الفلانى و هو مع ظرفه عشرة حقق الظاهر أنه لا شبهة فى بطلان البيع فى هذه الصورة لكونه من أظهر أفراد الغرر اذ لا يعلم أنّ مقدار المبيع أى قدر وزونه فهل يحتمل أن الشىء اذا كان مجهولا لا يجوز بيعه مستقلا و لكن يجوز بيعه مع ضمّه الى شىء آخر ليكون مقدار المجموع معلوما فهذا مثل اشترى الانسان عشر كيلوات من الشكر و أخذ جملة منها و باع الباقى فان معلومية المجموع لا يوجب صحّة بيع البقية المجهولة كما هو واضح، و لا يفرق فى ذلك بين كون المتبايعين راضيا بالاندار أم لا ،فان رضاهما لا يوجب صحة البيع الفنهى عنه شرعا فهو نظير رضاهما ببيع الخمر و الخنزير

و القمار فنهى الشارع عن معاملة غير تابع برضى المتبايعين وما ذكره الاصحاب و كاشف الغطا (ره) من عدم كون رضى المتبايعين موجبا لرفع الغرر فمورده هذه الصورة وقد اتضح النفى والاثبات فى كلمات كثير من الاصحاب لو لم يكن كلّهم لم يرد على مورد واحد ومن هنا اتضح أيضا مورد الروايات أيضا كما يتضح لمن يلاحظها وعلم أن الروايات انما وردت على طبق القواعد لا على خلافها ٠

فتوهم أنها واردة فى نفس البيع فيصحّ مع التراضى على خلاف القاعدة فاسدة عن حنان فى الموثق(١) قال :كنت جالسا عند ابى عبد الله (ع) فقال له معمرّ الزيات قال لابى عبد الله (ع) انا نشترى الزيت فى زقاقة فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق فقال له ان كان يزيد و ينقص فلا باس وان كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه و قد استظهر المصنف منها كون المفروض فى السؤال هو التراضى لأن الحاسب هو البايع أو وكيله و هما مختاران و المحسوب له هو المشترى ٠

أقول : معنى الرواية والله العالم ان السؤال انما وقع عن الاندار بعد تحقق البيع و الّشرى ،فقال الامام(ع) انه ان كان ما يندر يحتمل الزيادة و النقيصة فلابأس به يعنى أنه يحتمل فهو موافق للعادة الجارية عليه فى السوق و الخانات حيث يشترون الامتعة من الاثمار والالبان و يندرون لظروفها مقدارا يحتمل الزيادة و النقيصة فحيث أنه موفق للعادة وللسيرة الجارية على ذلك قال الامام(ع) فلاباس به أن يكون زائدا عن مقدار الظرف و يحتمل أن يكون ناقصا عنه أو زائدا و أما اذا تعين كون الاندار زائدا

---

(١) وسائل : ج ١٢ ص ٢٧٣ حد ۴

عن الظرف و لم يحتمل الزيادة فهو حرام لانه تصرف في مال الغير بدون اذنه ،فلذا نهى عنه الامام (ع) فقال لا تقربه فهذه الرواية راجعة الى بيان حكم الاندار بعد المعاملة لا في بيان حال الاندار عند البيع وضمير لا تقربه يرجع الى الاندار لا الى البيع كما هو واضح فتدل على عدم الجواز في صورة الزيادة مطلقا رضى به البايع أم لا ٠

و دعوى ظهور الرواية في صورة التراضي من جهة أن المحاسب أما البايع أو وكيله و على كل حال فهما راض بذلك دعوى فاسدة فان العادة جارية حتى الان على كون المحاسب غير البايع ووكيله كما نشاهد في السوق و الخانات أن اهل البادية يجلبون الاثمار من الرقى و البرتقال و الرمان وغيرها او الالبان وغيرها من الامتعة و يقفون في الخارج وينظرون الى امتعتهم فيوزن شخص واحد و يحاسب شخص آخر من صاحب الخان أو الدلال فيعطون قيمة امتعته على حسب انصافهم أقل أو أكثر، ففي هذا المقام نهى الامام(ع) عن الاندار بالزيادة بحيث لا يحتمل النقيصة أو التساوى فقوله(ع) ان كان زائدا فلا تقربه ليس معناه أنه اذا احتمل الزيادة دون النقيصة مقابل احتمال الزيادة و النقيصة فانه خلاف الظاهر من الرواية نعم لو رضى البايع بالزيادة كما هو المتعارف فعلا فلا باس به على القاعدة حيث يوزنون الاثمار في الخانات من الرقى وغيره وبعد تمام العيار يأخذون الواحد أو الاثنين يعطونه للمشترى فانه لا باس به لجريان العادة عليه و رضى البايع بذلك و تدل على الجواز مع التراضي الروايتان الاخيرتان فتكونان مقيدتين لرواية معمّر الزيات فعلم مما ذكرناه انهما أيضا وردتا على طبق القاعدة فان التصرف في مال الغير مع رضى منه جائز٠

أحدهما رواية (۱) على بن ابى حمزة و الثانية رواية (۲) قرب الاسناد

---

(۱) وسائل :ج ۱۲ ص ۲۷۲ باب ۲۰ حد ۱

التان نقلهما المصنف .

ثم انه اذا انكشف الخلاف اما بالزيادة أو بالنقيصة فيكون داخلاتحت المسألةالمتقدمة وهى اذا باع صبرة على انها عشرة ارطال فبانت زائدة أو ناقصة فقد تقدم ان مقتضى القاعدة هو الانحلال فيصح فى الموجود ويبطل فى الناقص .

ومع الزيادة يرد الى البايع ان لم يرض بالبيع والاّ فيكون من المبيع على الحساب الذى بنوا عليه من كل رطل بكذا .

وقد عرفت أن الكلام فيه فى مقامين :ـ

الاول :فى مقام تصحيح البيع لئلاّ يكون بيع مجهول .

والثانى :فى مقام التسليم .

أما الاول :فلو اخرج مقدارا بعنوان الاندار لتصحيح البيع ثم ظهر الخلاف فيكون من مصاديق ماتقدم من انه لو باع صبرة ثم ظهر الخلاف بالزيادة أو النقيصة فهل يثبت الخيار لكل من البايع و المشترى أم لا ،و قد عرفت هناك أن ثبوت الخيار متوقف على كون الهيئة الاجتماعية دخيلة فى ازدياد المالية والا فينحل البيع الى الاجزاء فيصح فى الموجود و يبطل فى المعدوم .

و اما الاندار فى مقام التسليم فلو أندروا للظرف مقدارا ثم ظهر الخلاف فلاخيار فى شئ من الصور التى ذكرناها سابقا من التراضى أو الشرط الضمن العقدى أو الاخذ بالمتيقن ونفى الزائد بالأصل .

أما فى صورة التراضى فلو رضيا باندار مقدار للظرف ثم ظهر الخلاف فبالمقدار المندر فلاشبهة فى صحة المعاملة ولزومها وأن خارج عن المقام لفرض رضى المالك بذلك ويكون الزائد على مقدار الظرف أو الناقص عنه

هبة من مالك المثمن أو مالك الثمن وأما مع عدم التراضي بالنسبة الى الزائد منه أو الناقص فيرجع من له الحق الى الاخر و مع عدم الزيادة والنقيصة فلا فاما من ليس لاحدهما حق على الاخر أصلا فله خيار و من له حق للاخر فيرجع الى حقه من دون خيار و هكذا الكلام فى الشرط الضمنى أيضا فان العادة جارية باندار مقدار من المبيع للظرف فهو مما لا بد منه ومع الزيادة من المقدار المتعارف أو النقيصة منه يرجع ذو الحق الى الاخر وأما الزائد و الناقص فى نفس المقدار المتعارف فيرجع الى الهبة كما عرفت فى الصورة الاولى وأما فيما اذا أخذ المبيع القدر المتيقن ثم ظهر الخلاف فأيضا يرجع كل منهما الى غيره ولا يجوز لمن عنده الزائد أن لا يرده الى صاحبه ، بل وجب عليه رده الى صاحبه فتحصّل أن فى شيء من هذه الصور ليس لواحد من المشترى أو البايع خيار نعم لو منع البايع عن رد الناقص فثبت له حكمه بل اما يصح البيع بلا شيء أو يصح مع رد الزائد أو الناقص من المقدار المندر .

الكلام فى بيع الظرف مع مظروفه

قوله : يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه وان لم يعلم الا بوزن المجموع

أقول : حاصل ماذكره المصنف هو ان الظاهر انه لا خلاف بين أصحابنا أنه يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون و ان لم يعلم بوزن المجموع و قال ان الذى يقتضيه النظر أن يجوز بيعه فيما نحن فيه منفردا عن الظرف حتى مع الجهالة أيضا فهذا يجوز بيعه منضما أيضا فان الانضمام ليس بمانع و لا رافع للشرط و أما لو لم يكف فى بيع أحد المنضمين معرفة وزن المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصى و مثل عليه بانه لو باع سبيكتمن ذهب

مردّد بين مائة مثقال و الف مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنها الفى مثقال فان الاقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحقه لاجله اللوم من العقلاء وأما مع انتفاء الغرر الشخصى وانحصار المانع بالنص والاجماع ، الدال على اعتبار الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و بطلان بيع المجهول فيهما فالقطع بالجواز فان مفاد النص و الاجماع هو معرفة مقدار المبيع من حيث المجموع و أما معرفته بكل جزء جزء فلا دليل عليهما ثم قال و لو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفردا مع معرفةوزن المجموع دون الاخر كما لو فرضنا بيع الفضة بالشمع عند الصياغة كالخلخال مثلا وعدم جواز بيع الشمع كذلك فان فرضنا الشمع تابعا يجوز البيع ولا تضر جهالة الشمع و الّا فلا .

و التحقيق أن يقال أن المبيع تارة يكون من الموزون ظرفا و مظروفا مع الجهل بمقدارهما وأخرى يكون المظروف من الموزون و الظرف من غيره فعلى الاول فلايجوز البيع أصلا سواء كان غرريا أم لا لما عرفت سابقا من اعتبار الكيل فى المكيل و اعتبار الوزن فى الموزون . بل قلنا أن بيع الموزون بلا وزن باطل وان لم يكن فيه غرر و مثلنا لذلك بانه لو جعل مقدار من الحنطة فى احد طرفى الميزان و مقدارا من الارز فى الطرف الآخر فتبادلا مع كونها على قيمة واحدة فانه يبطل هذا البيع لا لكونه غرريا ، بل لاعتبار الوزن فيه حتى مع عدم الغرر وأما اذا لم يكن الظرف من الموزون مع العلم بمقدار المظروف فهذا على نحوين :ـ

الاول : أن يبيع المظروف و الظرف مجموعا على عشرة دنانير مثلا انه يقول البايع بعتك مجموع خمسة ارطال من الحنطة الموجود تفى هذا الظرف مع ظرفه على عشرة دنانير بحيث لا يعلم أن مايقع فى مقابل الظرف أى مقدار

من الثمن و ماوقع فی مقابل المثمن أیّ مقدار منه فهنا لا شبهة فی صحته فان المانع عن صحة البیع هو الغرر والمفروض انه منفی و کذا المانع الاخر و هو عدم وزن المظروف مع کونه من الموزون و الظرف انه موزون أیضا غایة الامر لا یعلم أن ما فی مقابل المظروف أیّ مقدار من الثمن و ما فی مقابل الظرف أیّ مقدار منه فهذا غیر لازم بعد عدم الغرر کما لا یخفی.

الثانی : أن یبیع مجموع الظرف و المظروف بخمسة عشر لیکون علی الظرف خمسة و علی المظروف عشرة علی حساب کل رطل بدینارین مع کون المظروف خمسة ارطال فانه یکون ثمن کل واحد من الظرف و المظروف معیّناً فهذا أیضا لا شبهة فی صحته فان انضمام الظرف بالمظروف هنا کانظمام شیء اجنبی بالمبیع ککتاب الرسائل فلا یلزم منه محذور کما عرفته فی الشق الاول و تظهر الثمرة بین الصورتین أن فی الاولی مع ظهور شیء من المظروف أو الظرف مستحقا للغیر فلابدّ من ارجاع المجموع من الظرف و المظروف الی العرف حتی یقوم المجموع ثم یقوم کل واحدة منهما و الرجوع الی التفاوت بالنسبة و هذا بخلافه فی الصورة الثانیة فان قیمة کل من الظرف والمظروف معینة فی نفسه.

الثالث: أن یکون الظرف و المظروف من الموزون و کان مقدار کل منهما مجهولا مع کون المجموع معلوما کما اذا فرضنا أن الظرف سبیکة من الفضة و المظروف سبیکة من الذهب و نعلم أن منا مائة مثقال من الذهب و الف مثقال من الفضة و نشك أن تسعة مائة مثقال أهی من الفضة أم من الذهب مع العلم بکون المجموع الفین مثقال فذهب بعضهم الی فساد البیع لکونه غرریا وبیع جزاف اذ لا یعلم أن تسعة مائة مثقال ذهب أم فضّة فای خطر

اعظم من ذلك.

و لكن الظاهر هو صحة البيع فی هذا القسم و بيان ذلك أن مورد كلامنا اعنی كون البيع غرريا انما هو فيما يكون الجهل بوجود المبيع و لا يدری المتبايعان انه موجود أم لا أو فيما يكون الجهل باوصاف المبيع التی دخيلة فی المالية وأما الجهل بالقيمة فغير مربوط بالغرر وانما هو من موارد خيار الغبن فلو باع مثقالا من الذهب بدينار أو اشتراه أحد بثلاثة دنانير فانه يثبت لهما خيار الغبن بعد معرفة القيمة ولم يتوهم أحد هنا فساد المعاملة لكونه غرريا وكذلك لو اقدم على الغبن مع العلم فانه يحكم بالصحة أيضا و فی المقام أن مائة مثقال من الذهب و الف مثقال من فضة معلوم و التسعة مائة مجهول أنه ذهب أو فضّة فلو باع كل مثقال من الذهب بدينارين وكل مثقال من الفضّة بدرهم وان لم يعلم مقدار الذهب أو مقدار الفضة منفردا منفردا فلاوجه لبطلان البيع فانه من مصاديق بيع الصبرة و قد عرفت صحة بيعها مجموعا بعنوان كل رطل بكذا فان انضمامها الى ما يعلم بمقدار المجموع لا يوجب البطلان و على هذا فاذا باع مجموع الفين مثقال كل مثقال بدرهم مع العلم بالغبن والاقدام عليه فلاوجه لبطلان المعاملة و بالجملة أن الغبن فی المعاملة غير الغرر فيها فلو اقدم المتعاملان على الغبن أو انجبر الغبن بالخيار فلاوجه للحكم بالبطلان للغرر كما لا يخفى.

وعلى الاجمال أن كل من الظرف و المظروف وان كانا مـو الموزونين و لم يعلم بمقدار كل منهما على التفصيل ولكن ذلك مثل بيع الصبرة كل رطل بكذا فيجوز للبايع ان يبيع ذلك المجموع المركب بأن كل مثقال من الذهب بدينارين و كل مثقال من الفضة بدرهم و صحة البيع فی مثل ذلك لا يستلزم العلم بمقدار الصبرة أصلا وكما يصحّ بيع مجموع الذهب والفضة على حساب كل

مثقال بدرهم مع الاقدام على الغبن فلاوجه للحكم بالبطلان للغرر فان مورد الغبن غير موارد الغرر كما عرفت .

وعلى كل حال فلو كان الظرف و المظروف كليهما من الموزون ولم يعلم مقدار كل واحد منهما على التعيين ولكن علم مقدار المجموع من حيث المجموع فيصح بيعه على حساب كل رطل بكذا وكذا يصح بيع مجموعها بقيمة الذهب أو بقيمة الفضة مع الاقدام بالغبن فان الغبن غير الغرر كما عرفت .

الكلام فى استحباب التفقه فى الدين

قوله(ره) :مسألة :المعروف بين لاصحاب تبعا لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغى استحباب التفقه فى مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده و يسلم من الربا .

أقول : قد وقع الاشكال فى هذا التعبير أى بالاستحباب مع أن تعلم الاحكام من الواجبات للايات والروايات الكثيرة منها آية(١) النفر و توضيح المسألة أنه قد يجب تعلم الاحكام الشرعية صونا لها عن الاندراس و هذا لا تختص بأحد دون أحد بل هو جار فى حق كل أحد و يجب عليهم كفاية كما هو مقتضى التعبير بمن فى قوله تعالى فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة الخ ،وهذا القسم من التعليم كما لا يختص بشخص دون شخص ،بل يجب على كل شخص ولكن كفاية بحيث لو تعلم من به الكفاية لسقط عن الباقين كما عرفت من الاية وكك لا تختص بحكم دون حكم ،بل يجب تعلم جميع

---

(١) التوبة : آية ١٢١

الاحكام لكى لا تندرس بل تبقى حسب طول الزمان حتى المسائل التى لا يبتليها كمسائل الحيض و النفاس و الحدود و نحوها ثم أن التعلم في هذا القسم لابد وأن يكون عن اجتهاد واستنباط فان بقائها انما كذلك فهذا قسم من وجوب التعلم على الاجتهاد بعنوان الكفاية فلوتركوه لعوقب الجميع.

وقد يجب التعلم لاجل العمل بها فان تركه موجب لتفويت الواقع وهذا انما يكون في المسائل التى يبتليها المكلف عادة ولا يجرى في غيرها فهذا انما يجب عينا لكل أحد ولا يلزم أن يكون ذلك بحسب الاجتهاد، بل يجوز ان يكون به وبالتقليد أيضا وكل من ترك التعلم في تلك المسائل حتى وقع في الحرام الواقعى يعاقب عليه فهل العقاب على ترك الحكم الواقعى، أو على نفس ترك التعلم نزاع بين الاردبيلى و المشهور حيث قال المشهور يكون العقاب لترك الواقع وذهب المحقق الاردبيلى الى كونه لنفس ترك التعلم و تفصيل الكلام في علم الاصول، وهذا أيضا قسم من تعلم الاحكام فلايجب الا فيما يطمئن ان يبتلى به و أما في غيره فلا.

وقد يجب هذا عقلا ونقلا أما النقل فالروايات الكثيرة الدالة على وجوب تعلم الاحكام مثل أن يقال للرجل يوم القيامة لماذا عملت فيقول ما علمت و يقال لماذا علمت وأما العقل فلدفع الضرر المحتمل ففى كل واقعة يجب أن يتعلم من حكمها معاملة كانت أو غيرها لذلك و مع الترك والوقوع في الحرام الواقعى فيعاقب كما اذا ارتكب بالبيع الربوى و تزيد المعاملات على غيرها بعدم جواز التصرف في شيء من الثمن والمثمن لاحتمال فساد المعاملة أما المثمن فلاستصحاب بقائه في ملك مالكه مع ذلك الاحتمال فلايجوز التصرف فيه الا مع العلم بالناقل وأما الثمن فلاحتمال انتقاله الى البايع فلا يجرى

هنا استصحاب عدم انتقاله الى البايع لعدم جريانه قبل الفحص و هذا بخلافه فى المثمن فانه لا مانع من جريانه لكونه موافقا للاحتياط فيجرى قبل الفحص .

وعلى الاجمال لا يجوز ترك التعلم فى المسائل التى يطمئن بابتلائه بها لاحتمال الغرر الموجب لوجوب التعلم ولا يجوز التصرف فى الثمن و المثمن فى المعاملات لما ذكرناه .

و هنا قسم ثالث وهو أن يحتمل الانسان أن يبتلى بمسائل فى طول عمره فهذا يستحب تعليمه لأدلة الاحتياط كما اذا كان أحد يتجر بالقند و الشكر فانه لا يبتلى عادة بمعاملة الحيوان و مع ذلك يحتمل ابتلائه بذلك و هكذا مسائل الزكاة و نحوها فان التاجر فى هذا الزمان لا يبتلى عادة بالزكاة ومع ذلك يحتمل ابتلائه بها فيستحب تعلمه و كذلك لا يحتمل الانسان عادة أن يبتلى بالذهاب الى الخارج ومع ذلك يستحب أن يتعلم احكامه من حكم القبلة و الطهارة والنجاسة والمعاملة معهم لاحتمال ابتلائه به أو لتعليم الناس وهكذا وهكذا ولكن لا يجب ذلك لانه يطمئن بعدم الابتلا كما لا يجب للرجل معرفة احكام المرئة ولا يجب للمرئة معرفة أحكام الرجل من صلاته وصومه ولبسه و غيرها واذا ابتلى احد بما كان مطمئنا بعدم ابتلائه ووقع فى الحرام الواقعى لا يعاقب على ترك التعلم فان اطمينانه بعدم الابتلاء حجة له عند الله وبه يكون معذورا فى الوقوع على الحرام كما هو واضح فمراد الفقهاء من حكمهم باستحباب تعلّم مسائل الحلال ، و الحرام ، هو هذا القسم كما مسلنا ، بمثل معرفة مسائل خيار الحيوان و مسائل الزكاة .

ثم انه ربما يتوهم التعارض بين ما دل على تعلم الاحكام وبين ما دل

على مطلوبية الاكتساب فان ما دل على استحباب الاكتساب أعم من أهل العلم وغيره وجمع بينهما صاحب الحدائق بالالتزام بأن أهل العلم خارج عن تحت تلك الاخبار الدالة على مطلوبية الاكتساب ولكنه واضح الدفع لعدم تماميته ثبوتا واثباتا أما ثبوتا فلانه كثيرا لا ينافي الكسب لطلب العلم كما اذا عرف كسبا يصرف وقته فيه قليلاولكن يربح كثيرا فان مثل هذا كيف يقال في حقه انه ليس في حقه طلب الكسب وأما ابتلاء فان الناظر في تلك الاخبار الدالة على مطلوبية الاكتساب يرى أنها أعم فلا وجه لاخراج أهل العلم عن تحتها لعدم الدليل عليه على أنه قد لا يكون الكسب مزاحما لتحصيل العلم كما اذا كان له خط جيّد فيكتب سطرا و يبعه بدينار فان مثل ذلك لا يزاحم تحصيله بل يستحق بذلك التفضلتين وفاض باجر تحصيل العلم و تحصيل الكسب فاى شيء اعظم من ذلك كما عرفت فلا وجه لرأى الحدائق ثبوتا واثباتا فان الكاسب حبيب الله و ان كان طالبا للعلم.

و بعبارة أخرى قد دلّت الروايات الكثيرة على استحباب طلب العلم و جملة اخرى من الروايات على استحباب طلب الكسب.

و ربما توهم التعارض بينهما وجمع بينهما صاحب الحدائق لا بتخصيص ما دل على استحباب الكسب بما دل على استحباب تحصيل العلم و كون الاخبار الدالة على استحباب الكسب مختصا بغير أهل العلم و أيد ذلك بجملة من الاخبار الدالة على حسن التوكل وأن أهل العلم لابد و ان يتوكل على الله تعالى في اموره و يطلب من الله تعالى رزقه و أيضا أيده بكلام الشهيد في المنية و لكن الظاهر أنه لا دلالة في شيء من المذكورات على مقصد الحدائق كما افاده المصنف فان حسن التوكل على الله لا يدل على الاعراض عن الكسب و ليس معناه أن الانسان يتوكل على الله و يقعد

فى بيته بل معناه أنه يجب لكل شخص أن يتوكل على الله فى أموره بالخصوص أهل العلم فانهم قواد الذين بل كانت الائمة متوكلون على الله و مع ذلك كانوا يشتغلون بالكسب و كان الأمير عليه السلام أول من آمن بالله ومتوكلا عليه و مع ذلك موجر نفسه لليهودى ويشتغل بالزراعة و التجارة و فى مجموعة الورام أن الباقر(ع) كان يرجع من البستان و كان متكأ على الغلامين فاعترضه أحد الصواف مالك قد خرجت فى هذه الحرارة لطلب الدنيا فقال عليه السلام ليس هذا طلبا للدنيا بل من العبادة .

و بالجملة لا اشعار فى شىء مما دل على لزوم التوكل و حسنه على ترك الكسب و الاشتغال بطلب العلم والآ لجاز الاستدلال بها على القعود عن الكسب و الحركة والتوكل على الله فان الله وان أمر بالتوكل و مع ذلك أبى أن يجرى الامور الآ باسبابها فلابدّ من الحركت نحو الحاجة و التوكل على الله فى جميع الامور سواء كان فى طلب العلم أو فى طلب الكسب نعم هل العلم امتياز خاص فى لزوم التوكل فانهم يقودون الناس الى الله فلابد وأن يكون ايكالهم اليه محضا .

على أنك قد عرفت أن ما افاده صاحب الحدائق ليس بتمام ثبوتا واثباتا أما ثبوتا فلانه قد لا يزاحم الكسب تحصيل العلم أصلا ومع ذلك كيف يلتزم بعدم شمول ادلة استحباب الكسب فى حقه وقد عرفت مثاله ،و أما اثباتا فلعدم الدليل عليه بوجه كما لا يخفى .

الكلام فى تزاحم الكسب وطلب العلم

و التحقيق أن يقال أنه لا معارضة بين أدلة استحباب طلب العلم و

بين أدلة استحباب طلب الكسب، بل هما من قبيل المتزاحمين وبيان ذلك أنه قد يكون كل من طلب العلم وطلب الكسب مستحبا فى حقه كما اذا كان عارفا لمسائلة واحكام دينه بالمقدار المعتد به وبالمقدار الذى يبتليه عادة وكان أيضا من الحافظين للدين عن الاندراس موجودا من المجتهدين و كان عنده أيضا من المال ما يكفيه بمؤونته ومؤونة عياله الواجب النفقة فان مثل هذا الشخص يستحب له تحصيل العلم فى المسائل التى يحتمل ابتلائه بها أو يتعلم لتعليم الناس أو يتعلم ليدخل نفسه فى سلك المجتهدين الموجودين بمقدار الكفاية ففى مثل ذلك يكون المقام من باب تزاحم المستحبين فيكون كسائر المستحبات فان فى كل آن يبتلى الانسان بذلك كثيرا فالان يستحب لنا زيادة الامير عليه السلام وقضاء حوائج المؤمنين و اتيان النوافل وهكذا مع أنا لا تقدر على جميعها فله أن يترك جميعها و هكذا المقام وليس من مقام التعارض هنا شيء ولكن ليس لمن كان كل من الكسبين مستحبا الوقوع فى الحرج من جهة عدم القدرة على الامتثال حتى يتعين فى حقه احدهما فان هذا مختص بالحكمين الالزاميين وأما المستحبات فيجوز ترك جميعها أجمع أو اتيان أحدهما على حسب اختياره.

ولكن يقع الكلام هنا فى ترجيح أحدهما على الاخر فهذا يختلف فان كان ما يترتب على تحصيله من الفوائد من ترويج الدين واحياء شريعة سيّد المرسلين وارشاد العوام واهدائهم الى الدين أهم من الفوائد المترتبة على الكسب فيرجح طلب العلم على طلب الكسب كما اذا لم يترتب على كسبه الآ اعانة فقير واحد أو توسعة عياله فقط أو زيارة أحد الائمة عليهم السلام.

وان كان ما يترتب على كسبه أهم مما يترتب على طلب العلم، فالأمر بالعكس كما اذا كان المترتب عليه تعمير المدارس والمساجد والمشاهد

و اتمامه الحوزة العلمية وتأمين معاش أهل العلم وقواد الدين و دفع الكرب عن فقراء الاسلام ،ولكن لا يترتب على طلبه العلم الآ تعليم جاهل و احد مسألة واحدة بحيث لو لم يتعلمه ليتعلم من غيره ومع عدم وجود المرجح فى البين يتخير فى اختيار أيهما شاء بل له ذلك مع وجود المرجح لاحدهما أيضا فان الفرض أن كليهما مستحب كما لا يخفى غاية الامر مع ترك الاهم واخذ المهم لزم ترك الاولى ٠

وقد يكون أحدهما مستحبا والاخر واجبا فح يجب أخذ الواجب لكونه معجزا عن المستحب كما اذا كان عارفا بمقدار ما يبتليه عادة من الاحكام وكان من حفاظ الدين من فيه الكفاية ولكن كان عنده من الاشخاص من يجب انفاقه فح يتعين الكسب فى حقه واذا كان الامر على العكس فيجب تحصيل العلم دون التكسب كما اذا كان الامر على العكس ٠

وقد يكون كل منهما واجبا كفائيا فى حقه فله اختيار ايهما شاء مع عدم المرجح كالواجبتين التخيرية وان كان فى أحدهما ترجيح ، فيختار ذوالترجيح وان كان مع كونهما واجبا فى حقه كفاية قد قام بأحدهما شخص فيكون الاخر فى حقه واجبا عينيا مع عدم قيام شخص آخر عليه ٠

وقد يكونا واجبين عينا فح يكون المقام من تزاحم الواجبين عينين فان كان احدهما أهم فيختاره على الاخر والا فيتخير فى ذلك كسائر الواجبات التخييرية ٠

وأما جواز صرف من يشتغل بالتحصيل من الوجوه الشرعية مع تمكنهم من الكسب أما سهم الامام(ع) فيجوز صرفه مع مراعات الجهات الشرعية بحيث لا يعد كلا للامام(ع) بل تكون له خدمة له(ع) وأما لو صرف وقته فى المجالس و مضى عمره بالمماطلة والمساهلة ، بل ربما يكون ضرره أشد من خدمته فلا

يجوز له أن يصرف من سهم الامام(ع) وأما اذا كان له خدمة للدين وان تمكن من تحصيل الرزق بالتكسّب فيجوز له أن يصرف من سهم الامام(ع)٠

و الحاصل: أن المناط فى صرف سهم الامام(ع) هو القطع برضى الامام (عليه السلام) والا فلايجوز له ذلك بوجه٠

وأما سائر الوجوه البرية من النذر والوقف و الصدقات وغيرها مما وضعت للجهات العامة فيجوز صرفها لاهل العلم أيضا على النحو الذى قررها الناذر والواقف فلا يشترط فيها الفقر ولا ما يعتبر فى صرف سهم الامام(ع) من اشتراط، بل المناط هنا هو انطباق الجهات البرية على الشخص٠

و أما الزكاة و الخمس فلايجوز لمن يكون قادرا على الكسب أن يصرف منهما أصلا ما لم يكن التحصيل فى حقه واجبا فان مصرف الزكاة هوالفقراء و مصرف الخمس هو الفقراء من بنى هاشم وفسروا الفقير بأنه لا يقدر على تحصيل قوته فعلا أو بالقوة ومن يحسن الصناعة فليس بفقير و مجرّد كون تحصيل العلم مستحبا فى حقه لا يجوز له الأخذ منهما والآلجاز ان يشتغل بالاعمال المستحبة ويصرف من الزكاة و الخمس بان يصلى النوافل دائما و يأكل من الزكاة أو من سهم سبيل الله فانه موضوع للجهات التى كانت راجعة الى الدين٠

الكلام فى تلقى الركبان و مرجوحيته

قوله: مسألة: لاخلاف فى مرجوحية تلقى الركبان٠

أقول: الاقوال فى المسألة ثلاثة، قول بالحرمة و قول بالكراهة و قول بعدم الحرمة والكراهة أما الحرمة فاستدل عليها بالروايات الناهية عن

التلقى الركبان ولكنها ضعيفة السند ودعوى الاطمينان بصدور بعضها لكثرتها واستفاضتها دعوى جزائفية فانها لا توجب الاطمينان بالصدور و مع تسليم ذلك فلا يفيد لغير من حصل له الاطمينان والظن بالصدور لا يفيد لعدم كونه حجة فلا يغنى من الحق شيئا ، بل لو كان التلقى الركبان حراما لظهر بين الفقهاء على رئوس الاشهاد وليس كك .

وأما القول بالكراهة فهو مبنى على أمرين أحدهما تمامية أخبار من بلغ الدالة على التسامح فى أدلّة السنن بدعوى أنها ظاهرة فى ما بلغ عن رسول اللّه صلى اللّه عليه وآله وسلم ثواب على عمل فعمله أحد برجاء أنه صدر من رسول اللّه فيثاب على ذلك العمل وان كان رسول اللّه (ص) لم يقله ولو أريد من تلك الاوامر الدالة على التسامح فى أدلة السنن الارشاد الى حكم العقل بحسن اتيان العمل رجاء واحتياطا لدرك الواقع فلا يدل على التسامح فى أدلة السنن .

الأمر الثانى أن تكون شاملة للكراهة أيضا فلو اقتصر على موارد ها وهى ماكان فيه أمر ففى موارد الكراهة ليس أمر ، بل نهى فلا تشمل المقام و مع تسليم المقدمتين يصّح التمسك بتلك الاخبار فى المقام لاثبات كراهة التلقى ومع تسليم هاتين المقدمتين فلاوجه للاشكال هنا بأنه لو سلمنا شمول أدلة التسامح للمكروهات ولكن التمسك بها فى المقام بدعوى أن ذلك انما يفيد فى مورد ورد خبر ضعيف يدّل على الكراهة فانه يلتزمها لذلك الخبر الضعيف وأما فى المقام فان تمت الاخبار المذكورة فتدل على الحرمة والاّ فلا حرمة ولا كراهة فان وجودها كعدمها وكذلك الحال فى الاخبار الضعيفة الظاهرة فى الوجوب فانها لا تشمل ذلك وقد ناقش بذلك بعض الاعلام لاثبات الاستحباب أو الكراهة بالاخبار الضعيفة الدالة على

الحرمة أو الوجوب.

و فيه أنه قلنا فى البحث عن أدلة التسامح أنها تشمل لما دل على الحرمة والوجوب اذا كان ضعيفا وذلك فان ما دل على الوجوب يدل على جواز العقاب على الترك وعلى ثبوت الثواب على الفعل فبضعف الرواية الدالة على الوجوب يسقط العقاب على الترك لخروجه عن الحجية و يبقى الثواب على حالة لادلة التسامح لصدق البلوغ هنا أيضا.

ثم ذكروا لحرمة التلقى أو كراهته شروطا الاول أن لا يكون التلقى أربعة فراسخ وأزيد والآ فيدخل ذلك تحت عنوان المسافرة فان الذهاب أربعة فراسخ والاياب منها سفر شرعى فالمسافرة للتجارة ليس فيها باس بل مطلوب فى الشريعة ومندوب اليه وقد ذكر ذلك الشرط فى اخبار التلقى فهل الغاية أى رأس الاربعة داخلة أو خارجة فذكر بعضهم أنها داخلة ولكن الجمع بين صدر رواية النقصية وذيلها يدل على خروج الحد عن المحدود ، كما ذكره المصنف (ره) على أن الوصول الى الغاية تحقق موضوع المسافر فيخرج بذلك عن عنوان التلقى ويدخل تحت عنوان السفر للتجارة كما لا يخفى.

الشرط الثانى : انه يعتبر أن يكون الذهاب بعنوان التلقى فلو كان ذلك لغرض آخر فصادف فى الطريق ذلك فعامل معهم فيكون خارجا عن مورد الاخبار لعدم صدق التلقى للتجارة وأيضا يعتبر أن يكون التلقى لأجل التجارة فلو تلقى لاجل استقبال القادم فصادف التجار فى الطريق فاشترى منهم متاعهم فأيضا يكون ذلك خارجا عن مورد الاخبار لعدم صدق التلقى للتجارة نعم الظاهر من قوله (ع) فى رواية (١) عروة و المسلمون

---

(١) الكافى :ج ٥ ص ١٦٨ باب التلقى حديث ٢

يرزق الله بعضهم بعضا هو عموم الحكم لغير صورة قصد التلقى وقصد التجارة فكأن الغرض هو وصول مال التجارة الى المدينة فان فى روية الناس ذلك حكمه عجيب فانه يوجب امتلاء اعين الناس جدا .

وفيه أن هذا ليس بعلة للحكم بل حكمه له والا فيجرى ذلك فيما اذا اشترى جميع مال التجارة شخص واحد حين الدخول بالبلد على أن المتلقى أحد المسلمين فالغرض من ذلك هو بيان أنه لا يمنع أحد من توجه التجارة الى المدينة فالمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض فانه اذا توجهت التجارة الى البلد فيشترى نوع الناس منها على القيمة الرخيص .

ثم انه ذكر فى رواية عروة حكم آخر وهو قوله ولا بيع حاضر لبادى ولكن الظاهر من ذلك هو أن لا يبيع الحاضر متاع الباد ولا يصد بذلك ، بل يخلى بينه وبين أهل البلد فانه لو يصد بذلك أهل البلد لباع متاعه بقيمة عالية فيكون نوع الناس فى مضيقة بخلافه اذا تصدى شخص البادى بذلك فانه يبيع بقيمة الرخيص فيكون فى ذلك توسعة لنوع الناس مثلا اذا باع البادى للبقالين رخيصا فيبيع البقالين لاهل البلد كك فيكونون فى مضيقة .

وليس المراد من قوله (ع) ولا يبيع الحاضر لبادى أنه لا يبيع الحاضر متاع شخص لباد فانه غير محتمل جدا فان البادى يحتاج الى المأكل والمشرب فكيف لا يسوغ لاهل البلد أن لا يبيع لبادى ، بل يجوز ذلك بلا شبهة حتى فى الطريق ثم انه لا فرق فى ذلك بين البيع وغيره من الصلح ونحوه فان الغرض من النهى عن التلقى سواء كان حراما أو مكروها هو ترك التلقى للتجارة والتجارة غير منحصرة بالبيع ثم ان من قبيل تلقى الركبان كراهة أو حرمة استقبال الخدمة الزوار لاجل اعطائهم

المسکن ، بل لا بد وان یخلوا سبیلهم فان المسلمین یرزق الله بعضهم من بعض کما لا یخفی کما لا فرق بین کون التلقی لا شتراء متاعهم کما تقدم أو للبیع منهم بان یکون غرض الرکبان شراء المتاع فتلقاهم أحد الحاضرین فباع منهم ما یحتاجون الیه ٠

ثم ان فی بعض الروایات أن الرکبان اذا باعوا من الحاضر فجاؤا سوق فلهم الخیار ٠

أقول : ان کانت المعاملة مشتملة الغبن ، فیثبت لهم خیار الغبن من غیر احتیاج الی الروایة والاّ فلاوجه للخیار فانه لا معنی لثبوت الخیار بمجرد الدخول فی السوق علی ان الظاهر بحسب الفهم العرفی هو صورة کون المعاملة مشتملة علی الغبن ، فان ظاهر قوله(ع) اذا جاؤا بالسوق فلهم الخیار ، یعنی لوکانوا مغبونین لا مطلقا علی أن الروایة ضعیفة السند، واما النجّش فقد تعرض له فی المکاسب المحرمة فلاوجه للاعادة (و معناه ان یزید الرجل فی ثمن السلعة وهو لا یرید شرائها لیسمع غیره فیزید بزیادة) ٠

الکلام فیما اذا دفع الانسان الی غیره مالا

قوله : مسألة : اذا دفع الانسان الی غیره مالا لیصرفه فی قبیل یکون المدفوع الیه منهم و لم یحصل للمدفوع الیه ، الخ ٠

أقول : تارة یدفع المالک ماله لشخص و یکون المدفوع الیه مستقلا فی التصرف فیه کیف مایشاء فلایکون رأی الدافع متبعا بوجه و هذا کما اذا کان المدفوع الیه وکیلا للدافع بان یدفع الیه مالا لیصرفه فی محلهوالمدفوع

اليه مخير فى ذلك كيف مايشاء ومن هذا القبيل دفع الوجوه الشرعية الى المجتهدين ليصرفوها فى مواردها ٠

وأخرى يدفع الدافع الى المدفوع مالا ويعين موارده فهل يجوز له الاخذ منه مع انطباق ما عينه الدافع عليه أم لا ،كما اذا دفع اليه سهم الامام (ع) أو الخمس أو الزكاة أو غيرها من الوجوه الشرعية وقال اعطها للصنف الفلانى وكان المدفوع اليه منهم هذا بناء على كون ولاية تلك الوجوه تحت يد المالك أو كان البايع هو الحاكم الشرعى بناء على ثبوت الولاية له عليها أو كان المدفوع من اموال الطلقة للدافع فهو على أقسام شتى :ـ

الاولى : أن تقوم قرينة خارجية على عدم رضى الدافع باخذ المدفوع منه فانه ح لا يجوز له الاخذ منه لانه تصرف فى مال غيره بدون اذنه فهو حرام و نظيره أن يعين له مقدارا خاصًا وقامت القرينة على عدم جواز أخذه أزيد من ذلك المقدار الخاص ٠

الثانى : أن يظهر الدافع قرينة حالية أو مقالية على جواز أخذ المدفوع اليه من المال المدفوع وهذا وكك الشق الاول مما لا اشكال فيه و انما الاشكال فى الصورة الثالثة وهو يدفع اليه مالا ويقول ادفعه فى اصناف معينة وكان المدفوع اليه منهم فهل يجوز له الأخذ منه بالمقدار الذى يدفع الى أفراد الاصناف أم لا ٠

وكك يقع الاشكال فى الشق الاخر فى الصورة الثانية وانه اذا اعتقد الدافع بأن المدفوع اليه أو فرد آخر غيره من المحصلين المبتدين وقد عيّن لهم عشرة مع أنه من العالين وقد عيّن لهم عشرين وكك اذا عيّن على أفراد منهم خمسين باعتقاد أنهم من المتوسطين أو العالين وقد كانوا من المبتدين

اعتقاد الدافع وان کان علی خلاف الواقع أو یتبع الواقع وان کان علی خلاف اعتقاد الدافع والظاهر أنه ان کلامه أعطی هذا للفقراء بعنوان القضیة الحقیقة فح یتبع الواقع والا فیتبع اعتقاد الدافع ومراد المصنف من الموضوعیة هو الاول ، ومراده من الداعویة هو الثانی .

وبعبارة أخری أن کلامه بعنوان القضیة الحقیقة فیکون الواقع متبعا ، و انما ذکره بعض المصادیق علی خلاف الواقع من باب الخطأ فی التطبق و ان کان غرضه من کلامه هو المصرف لما فی الخارج وبیان ما یعلم أنه من هذا الصنف فیتبع اعتقاده فان الداعی انما یتفرع علی الاعتقاد لا الواقع وکلامه معرف لما اعتقد به وان لم یکن هنا ظهورا فیدخل فی القسم الثالث

واما القسم الثالث : وک الثانی مع عدم الظهور فی شیء اختلفت هنا کلمات الفقهاء فذهب جمع من الاصحاب الی حرمة الأخذ ولذا قالوا : لو قالت امرأة بشخص زوجنی من أحد فلا مجوز له ان یزوجها من نفسه ، فان ظاهر الوکالة کونها التزویج لغیره وکذا لو وکله لاشتراء شیء فلایجوز ان یبیعه مال نفسه وذهب جمع آخر الی الجواز فیما اذا طلق من دون زیادة علی غیره و فصّل بعضهم بانه ان قال الدافع ضع هذا المال فی الفقراء مثلا وکان المدفوع الیه منهم فیجوز له الأخذ منه بقدر ما یخصه وان قال أعطه للفقراء فلایجوز فان الاعطاء ظاهر من کون المعطی له غیر المعطی و لکن هذا التفصیل لیس تفصیلا فی المسألة بل تعیین لظهور کلام الدافع .

وهنا تفصیل آخر و هو انه اذا قال الدافع اعطه للفقراء مع علمه بکون المدفوع الیه من الفقراء لم یجز له الاخذ بما یخصه من المال فانه لو کان بناء الدافع الاعطاء له لخصه بالذکر أیضا ،وان لم یعلم بفقره جاز له الأخذ

بما يخصه فان غرض الدافع وصول المال الى هذا الصنف فهو منهم و لكن هذا التفصيل أيضا ليس تفصيلا فى المسألة ،بل هو بيان لمورد ظهوركلام الدافع فاذا فتنحصر الاقوال بالقولين الجواز مطلقا و المنع كك ٠

و قد استدل على عدم الجواز بما هو مقتضى الاصل الاولى هو عدم جواز التصرف فى مال احد الاّ باذنه فلايجوز له التصرف فى ذلك وكك الامر لو وكلته امرأة فى تزويجها من أحد أو وكله أحد فى شراء شئ له ، فانه لا يجوز له تزويجها من نفسه كما لا يجوز له بيع ماله من الموكل فان الاصل عدم الجواز الاّ فضولة فان ظهور الوكالة أن يكون التزويج و البيع و الشراء من غير نفسه لظهور الوكالة فى المغائرة ٠

و بالجملة ففى المقام مقتضى حرمة التصرف فى مال غير هو عدم الجواز الاّ مع الاذن فيه من صاحب المال وأيضا استدل على عدم الجواز بقوله (عليه السلام) فى صحيحة ابن الحجاج المستندة فى التحرير الى الصادق (ع) وان اضمرت فى غيره ،فانه لا يضر الاضمار من أحد بعد اطلاع غيره على المنقول عنه وقد قلنا فى مبحث الاستصحاب فى الروايات التي استدلت بها على حجية الاستصحاب أن الروى الواحد سأل الامام (ع) عن عدة احكام وقال فى مقام النقل عاطفا بعض الجمل على البعض بقوله و سألته و سألته و حيث قطعوا الاخبار و قد حصل الاضمار من التقطيع فاذا اطلع أحد باصل الرواية فينقلها بغير اضمار كما اطلع بحر العلوم على ذلك فى روايات الاستصحاب حيث نقل بعضها عن الصادق (ع) وبعضها عن الباقر (ع) وبعضها عن أحدهما (ع) وكك فى المقام وقد اطلع العلامة على أن المنقول عنه هو الصادق (ع) فنقل الرواية عنه (ع) ٠

و كيف كان قال سألته عن رجل اعطاه رجل رجلا مالا ليصرففىمحاويج

أو فی مساکین و هو یحتاج أیأخذ منه لنفسه ولا یعلمه ؟ هو قال: لا یأخذ شیئا حتی یأذن له صاحبه.

و قد استدل المجوزون بکون العنوان شاملا للاخذ أیضا فیجوز له الاخذ وأما روایة ابن الحجاج فقد تعارضت بالروایات الاخری الدالة علی الجواز المذکورة فی المتن بعضها من ابن الحجاج وبعضها من غیره و فیها صحاح و حسان فتکونان متعارضتین ومتکافئتین لعدم ترجیح أحدیهما علی الاخری.

وتوهم عدم التکافؤ من جهة أن المجوزة هی ثلاثة روایات فتکون مشهورة فتتقدم علی المانعة التی هی روایة واحدة فهو توهم فاسد ،فان المراد من الشهرة الموجبة لترجیح احد المتعارضین علی الاخر لیس هو کون أحدهما کثیرة والاخر قلیلة بل المراد من ذلک أی من الشهرة کون احدهما مجمعا علیه بین الاصحاب بحیث ینقلها رواة الحدیث بخلاف الاخر بان لم ینقلها الآ نادر ،ومن الواضح أن الطائفتین فی المقام متساویة فی هذا الجهة فی الاشتهار و عدمه فیتکافئان و علی هذا فذکر المصنف أن کون الطائفتین واردتین علی وجه التعبد بعید جدا بأن یکان المراد من المانعة هو عدم جواز أخذ المدفوع من المال الذی دفع الیه حتی مع ظهور اللفظ فی الجواز ویکون المراد من المجوزة هو جواز ذلک حتی مع ظهور کلام الدافع فی عدم جواز الاخذ فلا یمکن حملها علی التعبد المحض وعلیه فلابد من حمل المانعة علی صورة عدم الظهور لکلام الدافع فی الاخذ من المال بما یخصه وحمل المجوزة علی صورة کون کلامه ظاهرا فی جواز الاخذ منه ومع عدم الظهور لشیء منها فیرجع الی مقتضی الأصل وهو عدم جواز التصرف فی مال أحد الآ باذن مالکه فهذا حاصل کلام المصنف فی المقام.

والحاصل : أنه حمل روايات المنع على صورة عدم الظهور لكلام المعطى فى أخذ المعطى له من المال وروايات الجواز على فرض الظهور لذلك فيه ولكنه بعيدا جدا فانه لا داعى للسؤال عن الجواز بعد ظهور كلام المعطى فى الجواز فان ما اعطاه انما هو ماله فجاز التصرف فيه باذنه فاذا اذن لغيره فى ذلك فلا مورد للسؤال كما أنه مع عدم الاذن لا يجوز التصرف فيه فانه حرام وبعد ظهور الكلام فى أحد الامرين لا مورد للسؤال كما هو واضح.

الكلام فى الجمع بين الروايات المجوزة و المانعة

وقد يجمع بين الطائفتين بحمل المانعة على الكراهة بقرنية ما دل على الجواز كما هو مقتضى الجمع بين النهى والترخيص فان قوله(ع) فى صحيحة ابن الحجاج (١) : (لا يأخذ شيئا حتى ياذن له صاحبه) ظاهر فى عدم الجواز وقوله(ع) نعم، فى رواية (٢) سعيد بن يسار وقوله(ع) لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى لغيره صريح فى الجواز فمقتضى الجمع العرفى حمل المانعة على الكراهة.

وفيه أن ظاهر قوله(ع) لا يأخذ شيئا منه الا باذنه أنه ناظر الى عدم جواز التصرف فى مال أحد الآ باذنه وعليه فلا يمكن حملها على الكراهة كما منعه بعض مشائخنا المحققين.

وقد يجمع بينهما بحمل المانعة على فرض تعيين المالك ومواضع مسمات

---

(١) وسائل : ج ١٢ ص ٢٠٦ باب ٨٤ حديث ٣

(٢) وسائل : ج ١٢ ص ٢٠٦ باب ٨٤ حديث ١

لصرف المال فانه لا يجوز للمتصدى أن يأخذ لنفسه وحمل المجوّزة على فرض أن لا يعين المالك للمال مواضع خاصة فانه يجوز له الاخذ لنفسه واستشهد عليه بصحيحة (١) ابن الحجاج عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها ويضعها فى مواضعها وهو ممن يحل الصدقة قال لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره ولا يجوز له أن يأخذ اذا أمره أن يضعه فى مواضع مسماة الآ باذنه.

وفيه أن هذا الجمع أيضا بعيد عن ظاهر رواية المانعة اعنى صحيحة الاولى لابن الحجاج فانها آبية عن ذلك سؤالا وجوابا فان قوله (ع) فى جواب السائل عن رجل اعطاه مالا ليصرفه فى محاويج أو مساكين وهو يحتاج أيأخذ منه لنفسه ولا يعلمه هو قال لا يأخذ شيئا حتى ياذن له صاحبه مطلق، وكذلك السؤال فيبعد حملهما على فرض تعيين المالك مواضع للمال المعطى.

والصحيح أن يقال فى وجه الجمع هو حمل الروايات المانعة على فرض كون المال المعطى من متملكات شخص المعطى كما اذا ورد فى بلد فأراد أن يقسم مالا فى صنف من غير نظر الى كونهم فقراء أو اغنياء فاعطاه شخص أن يقسم بينهم فانه لا يجوز للاخذ أن يأخذ منه لنفسه حتى مع اتصافه بما اتصف به المبذول لهم فانه مال لشخص الباذل فلايجوز التصرف فيه الآ باذنه.

و ربما يورد على ماذكرناه من الجمع بين الروايات بحمل المانعة على الاموال الشخصية وحمل المجوّزة على الاموال النوعية بان مقتضى صحيحة ابن الحجاج (٢) فى رجل اعطاه مالا ليقسمه فى المساكين وله عيال محتاجون

(١) وسائل: ج ٦ ص ٢٠٠ حديث ٣ من باب ٤

(٢) وسائل: ج ١٢ ص ٢٠٦ حديث ٢

ايعطهم منه من غير أن يستأذ ن (يستامر خ ل) صاحبه ،قال :نعم ، هو جواز أخذ المعطى له لنفسه سواء كان من مال نفسه أو من الاموال النوعية وبهذا الاسناد مايد ل على عدم الجواز الآ بالاذ ن عن صاحبهفيقع بينهما المعارضة فتسقطان لذ لك فيرجع الى العمومات الدالة على عدم الجوازفانه يقال أن مقتضى رواية (١) أخرى لا بن الحجاج المذكور فى باب الزكاة هو الجواز في الصدقة فانه قال سألت اباالحسن(ع) عن الرجل يعطىالد راهم ليقسمها ويضعها فى مواضعها وهو ممن تحل له الصد قه ،قال لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى لغيره ،الخ ،فبهذا نقيد الصحيحة الثانية الدالة على عدم الجواز مطلقا فتكون الصحيحة الثانيةأخص منالصحيحة الاولى ، كان بمقتضى انقلاب النسبة فنخصّص بها الصحيحة الاولى فتكون النتيجة أن فى الاموال الشخصية لا يجوز الآ باذ ن المالك وفى الاموالالنوعيةيجوز

وحمل الروايات المجوّزة على الاموال النوعية كالوجوه إلشرعية المنطبقة على الآخذ وغيره كالزكاة والخمس والصدقات وردّ المظالمكمااذااعطاها أحد لعالم أن يصرفه في محله فانه جاز له الاخذ منه بمقدار حاجية وان لم يكن لكلام المعطى ظهور فى أخذ ه لنفسه اذا قال المعطى اعطهلصنف فلان ظهوره فى الاعطاء للغير ونفس الآخذ منصرفعن ذ لك ، وعلىهذا فيجوز للاخذ أن يأخذ لنفسه بمقدار احتياجه خصوصا اذا كان ممن يجوز تصرفه فيه كالعلماء والمجتهدين فان ولاية الوجوه الشرعية لهم فى حال الغيبة .

ويدل على ذ لك أن المذكور فى روايات الجواز هو الزكاة و الصدقات

---

(١) وسائل : ج ٦ ص ٢٠٠ حديث ٣

و أما المذكور فى رواية المنع هو المال الشخصى بقرنيةقوله(ع) (لا يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه) حيث فرض صاحبا للمال المبذول واعتبر اذنه فى دفع المال المبذول لغير من عينهم فتكون كلتا الطائفتين من الروايات واردة على طبق القاعدة فان مقتضى القاعدة فى الاموال الشخصية عدم جواز التصرف الآ باذن صاحبه ومقتضى القاعدة فى الاموال النوعية هوجواز بذله لمن انطبق عليه سواء اذن المعطى لذلك أم لا ،وعلى هذا فيبقى فى المقام شيء وهو أنه على هذا فلاوجه لسؤال السائل فنقول أن الوجه فى ذلك هو احتمال أن يجوز للمتصدى بذلك أن يأخذ منه مع الاحتياج حيث ان صاحب المال قال اصرفه فى محاويج ومساكين فاحتمل الآخذ جوازأخذه منه لانه أيضا محتاج فاجاب الامام(ع) أنه لا يجوز الآ باذن صاحبه٠

و فيما كان المال نوعيا كالزكاة وغيرها احتمل السائل عدم جواز أخذه حيث يحتمل أن يكون اذن المعطى دخيلا فى جواز التصرف فيه أيضا كأموال شخصه فأجاب الامام(ع) بأنه لا بأس بذلك مع الاحتياج ، فيجوز المتصدى أن يأخذ منه لنفسه بمقدارها يبذله لغيره فافهم٠

الكلام فى احتكار الطعام

قوله: مسألة: احتكار الطعام وهو كما فى الصحاح وعن المصباح جمع الطعام وحبسه يتربّص به الغلاء لا خلاف فى مرجوحيته٠

أقول: يقع الكلام فى جلهات: الاولى: فى حكم الاحتكار الظاهر أنهلا خلاف فى مرجوحيته فى الجملة اعم من الحرمة و الكراهة ،ولكن اختلفت كلماتهم فى ذلك فذهب المشهور الى الحرمة مع عدم وجود الباذل وذهب جمع آخر الى الكراهة مطلقا لكون الناس ملسلطين على اموالهم ، فلا وجه

لحرمته الاّ اذا عرض عليه عنوان آخر يقتضي حرمته كما اذا حكم الحاكم فى المخمصة بالبيع فانه يحرم الاحتكار لحكم الحاكم ،والاّ فلا وجه لحرمته لنفس الاحتكار.

والظاهر ان الاحتكار حرام مع عدم وجود باذل فى البلد وأما مع وجوده فيجوز الاحتكار لكون الناس مسلطين على أموالهم وهذا القول قد اختاره المصنف.

وقد استدل المصنف على ذلك بروايات منها صحيحة (١) سالم الحناط فانها ظاهرة فى الحرمة مع عدم وجود الباذل حيث استفصل الامام (ع) فى ذلك وقال الحناط ما ابيع أنا من الف جزء جزء يعنى أن الحنطة الموجودة عندى كجزء واحد من الف جزء من الحنطة الموجودة فى البلد احتكاره ، فانه لا يوجب ظهور الغلاء فى البلد نظير أن نشترى وزنة من الارز فتحتكره فانه لا يوجب ظهور الغلاء أصلا وقال الامام (ع) فلا باس ثم قال أن المحتكر هو حكيم بن حذام حيث كان يحتكر الطعام المجلوب الى المدينة فمر به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقال يا حكيم اياك أن تحتكر، فان كلمة ايّا تحذير فتفيد الحرمة.

ومنها (٢) صحيحة الحلبى عن ابى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الحكرة ،فقال انما الحكرة أن يشترى طعاما وليس فى المصر طعام غيره فتحتكره فان كان فى المصر طعاما غيره فلا باس أن يلتمس سلعتك الفضل فان مفهوم ذيل الرواية هو حرمة الاحتكار مع عدم وجود طعام فى البلد،

---

(١) وسائل : ج ١٢ ص ٣١٦ باب ٢٨ حديث ٣

(٢) وسائل : ج ١٢ ص ٣١٥ باب ٢٨ حديث ١١

غيره بحيث يظهر فى البلد لأجل احتكاره غلاء واضح ·

و منها (١) ما عن أمير المؤمنين عليه السلام فى ما كتبه الى مالك الأشتر على ما فى نهج البلاغة و كان فيما كتبه فامنع من الاحتكار فان رسول الله (ص) منع منه الى أن قال فمن قارف حكرة بعد نهيك اياه فنكل وعاقب فى غير اسراف فانه لو كان الاحتكار مكروها لما جاز أن يأمر الامام ع الاشتر بان يعاقب المحتكر·

و منها صحيحة (٢) أخرى للحلبى حيث سأل عن صلاحية الاحتكار ، فأجاب الامام عليه السلام بانه يكره و الكراهة فى كلمات الامام عليه السلام أعم من الحرمة والكراهة المصطلحة وليس لها ظهور فى الثانى ،وقد ورد فى روايات الربا أن عليا عليه السلام كان يكره الربا فلاتكون هذه الرواية موجبة لصرف الروايات الاخرى الظاهر فى الحرمة·

و منها ما فى مجالس المفيد عن أبى مريم الانصارى (٣) عن ابى جعفر عليه السلام قال :قال رسول الله (ص) ايما رجل اشترى طعاما فحبسه أربعين صباحا يريد به الغلا للمسلمين ثم باعه و تصدق بثمنه لم يكن كفارة لما صنع،وفى هذه الرواية مناقشة من حيث السند والدلالة ،أما المناقشة فى الدلالة فلانه لو كان احتياج الى الطعام كان احتكاره حراما حتى فى ثلاثة ايام وان لم يكن احتياج اليه لم يكن حراما حتى فى ستين يوما، فلا موضوعية للاربعين·

---

(١) وسائل : ج ١٢ ص ٣١٥ حديث ١٣

(٢) وسائل : ج ١٢ ص ٣١٣ حديث ٢

(٣) وسائل : ج ١٢ ص ٣١٤ حديث ٦

و الظاهر أن الرواية راجعة الى بيان جهة اخلاقية تعبدا حيث أن الظاهر منها أن المحتكر انما حبس الطعام بنية السوء فهى الغلاء من غير أن يكون نظره الاسترباح وقد حكم الامام(ع) تعبدا أن من كان على هذه النية ولم يرجع الى اربعين يوما فتصدق مجموع الطعام لا يكون ذلك كفارة لما فعل فتكون الرواية خارجة عن المقام أصلا و ناظرة الى قباحة نية السوء

وأما من حيث السند فقال المصنف فى كتاب الصلاة وفى هنا ان اشتمال سند الرواية ببنى فضال لا يوجب الوهن فيها ،فان الظاهر انما اخذت من كتبهم ،وقد قال العسكرى عليه السلام عند السؤال عنها خذوا بما رووا و ذروا ما رأو ثم ازداد فى المقام على ما فى الصلاة ان كلام العسكرى عليه السلام دليل على اعتبار جميع ما فى كتب بنى فضّال فيستغن بذلك من ملاحظة من قبلهم فى السند فان كلامه عليه السلام أولى بعدم ملاحظة ما قبلهم فى السند من كلام الكشى من ادعاء الاجماع على تصحيح ما يصح عن جماعة ٠

و فيه أما الكلام فى اعتبار الاجماع المدعى تصحيح ما يصح عن جماعة فهو مخدوش فى نفسه فانه نرى أنهم ينقلون فى رواياتهم المسندة عن الضعفاء فنعلم بذلك أنهم ينقلون عنهم أيضا مراسليهم فلايكون مراسليهم باجمعها حجة لكون كل مرسلة داخلة فى اطراف الشبهة ٠

على أن هذا الاجماع ليس حجة فى نفسه لعدم كونه اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم فغاية الامر فمفاده أن جماعة من الرواة قد ثبت نقلهم عن الثقات فلايلاحظ ماقبلهم من السند فى مرسليهم و مسنداتهم و قد عرفت اشتمال مسنداتهم على ضعف فى السند وأما ماذكره فى حق كتب بنى فضال فكلام الامام(ع) ناظر الى أن انقلاب عقيدتهم لايوجب الوهن

فی روایتهم وأن فساد عقیدتهم لا تضرّ باعتبار روایتهم بل ما نقلوا من الروایات فهو باقی علی الحالة الاولیة فلا یناقش فیها من جهة فساد عقیدتهم وأما أن جمیع کتبهم معتبر ولو کان بعضها مشتملا علی ضعف السند من غیر ناحیة بنی فضال بان نقلوا عن الضعفاء فلا یظهر من الروایة ، فان هذا الاحتمال لم یکن فی حقهم قبل فساد عقیدتهم ، بل کان قبل ذلك یلاحظ اسانید ما نقوله من الاحادیث ان کان صحیحا أخذ به والاّ فلا ، فهل أتی فساد عقیدتهم مقاما لهم بحیث صار جمیع ما فی کتبهم معتبرا حتی لا ینظر الی ما قبلهم من السند الذی کان ینظر الیه قبل فساد عقیدتهم فما افاده المصنف هنا لا یمکن المساعدة علیه و کیف کان فلا شبهة فی حرمة الاحتکار فکان الشارع اراد کون الارزاق بین الناس و لیس لاحد حق منعها عنهم ودلیل سلطنتهم قاصرة عن ذلك بحکم الشارع کما ذکرنا فی بحث الاراضی أنه لیس لاحد منع الاراضی زائدا عن المقدار المتعارف فان الشارع یرید ان تکون الاراضی معمورة لا خربة فکذلك الحال هنا .

ثم انه بعد الفراغ عن حرمة الاحتکار یقع الکلام فی جهات الاولی : فی موارد الحکرة فی أنها فی أیّ شیء تتحقق و الذی یستفاد من المطلقات المتقدمة أن موضوع الاحتکار هو الطعام فکل ما یصدق علیه الطعام عرفا بحیث کان فی عرف البلد قوام الناس و حیاتهم نوعا بهذا الطعام فمنعه عن الناس احتکار و هذا یختلف باختلاف البلدان و العادات فمثل قشر اللوز طعام فی بعض البلدان ، ومن الحطب فی بعضها الاخر ومثل الشعیر لیس بطعام فی بلاد الهند حتی قیل لا یوجد فیها شعیر الاّ بمقدار الدواء ونحوه ، ولکنه طعام فی بلاد العراق و الایران و الارز طعام فی نوع البلاد خصوصا الرشت و مازندران و هکذا الزبیب و التمر ولیس بطعام

فى بعضها الاخر، بل مثل الزبيب فى العراق والتمرفى بعض نقاط الايران يعد من الفواكه وعلى الاجمال أن هذا شئ يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والازمنة والعادات فكلما يصدق عليه الطعام فاحتكاره مع عدم وجود فى السوق حرام والاّ فلاوجه للحرمة كما اذا احتكر احد الزبيب فى النجف أو التمر فى بعض نقاط الايران فلا يقال أنه فعل حراما ،نعم قد يكون حراما لاجل طروّ عنوان آخر عليه كما اذا احتاج أحد الى ما احتكره أخر للدواء و نحوه بحيث اذا لم يبعه منه لمات فانه يحرم الاحتكار و المنع عن البيع و الاعطاء هنا ولكن لا لحرمة الاحتكار بنفسه، بل لاجل طروّ عنوان محرم عليه بمقتضى العنوان الثانوى.

و أما الروايات الحاصرة للاحتكار بامور خاصة فهى مختلفة وفى بعضها حصرة فى أربع الحنطة و الشعير و الزبيب و التمر ،وعن الفقيه زيادة الزيت وفى رواية قرب الاسناد باضافة السمن أيضا ،وفى رواية السكونى باضافة السمن و الزيت و لكن كلها متفقة فى نفى الاحتكار بمفهومها فى غير الامور المذكورة فيها ولكن الذى يسهل الخطب أن كلها ضعيفة السند فلا يمكن رفع اليد بها عن المطلقات الثابت حجيتها والا لزم رفع اليد عن الحجة بغير الحجة الشرعية.

فالمناط فى حرمة الاحتكار هو صدق احتكار الطعام على ما أخذه المحتكر وحبسه فلا يبعد شمولها مثل الزيت و السمن والملح فان المراد من الطعام ما يطعم به الانسان وتقوم به حياة البشر ،ومن الواضح أن هذا ليس مجرّد الحنطة والشعير والارز فانها ليس بنفسها ما يطعم به فى الخارج، بل انما قوام طعاميته بالمقارنات من السمن والزيت و اللحم و الملح و المقدمات من النار ونحوها ،وعلى هذا فلا يبعد أن يكون منع النفت عن

الناس و احتكاره عنهم حراما فان قوام اطعمة النوع بذلك و يدل على ذلك ذكر الصنف فى بعض الروايات (١) و كذلك السمن وان كانت الرواية ضعيفة فان من الواضح ان الزيت و السمن ليسا من الطعام بل انما هما من مقومات الطعام كما لا يخفى ، ويدل على ذلك أيضا قوله(ع) فى صحيحة(٢) الحلبى فانه يكره أن يحتكر ويترك الناس وليس لهم طعام فان ترك الناس بغير طعام ليس لمنع الحنطة والشعير فقط ، بل بمنع كلّما يكون دخيلا فى تحقق الطعام من المقدمات و المقارنات فان العلة والمنع واقعا فى حرمة الاحتكار ترك الناس بغير طعام كما لا يخفى .

و بالجملة فكل مايكون دخيلا فى قوام طعام البشر بحسب عادة نوع الناس بحيث يلزم من منعه ضيق النوع فى الحرج و المشقة والضرر والعسرة فيكون احتكاره حراما وقد قلنا ليس لاحد السلطنة على حبس طعام الناس واحتكاره وان كان مالا لنفسه كما قلنا ليس لاحد حبس الاراضى و منعها عن العمارة كما تقدم فى محله .

الجهة الثانية : أنه ذكر فى رواية السكونى أن الحكرة فى الرخصة أربعين يوما وفى الغلاء والشدة ثلاثة ايام والظاهر أنه لا يمكن تصديقه فانه ان كان للناس احتياج الى ذلك بحيث كان فيهم غلاء ومخمصة فلا يجوز الحبس ساعة واحدة والاّ فيجوز الحبس ستة اشهر ، بل سنة بل اكثر على ان الرواية ضعيفة ، ونعم ماصنع الشهيد حيث حمل الرواية على فرض أن يكون الشدة والاحتياج الى ما حبسه المحتكر فى الغلاء بثلاثة ايام وفى الرخصة

---

(١) وسائل : ج ١٢ ص ٣١٤ حديث ٧

(٢) وسائل : ج ١٢ ص ٣١٥ باب ٢٨ حديث ١

بأربعين يوما وان كان الحمل بعيدا ولكنه أولى من الطرح ·

الجهة الثالثة : هل يختص مورد الاحتكار بشراء الطعام فقط أو يتحقق بكل ما يقع فى يده ولو كانت الغلة حاصلة من الزرع أو الارث أو الهبة ، الظاهر هو الثانى فان المناط فى حرمة الاحتكار هو جمع الغلة ، و ترك الناس بغير طعام ولا يفرق فى ذلك بين الشراء وغيره ·

ثم الظاهر أنّ الاحتكار اما حرام أو مباح بناء على حرمته مع عدم الباذل وأما بناء على كراهته فاما مكروه أو مباح فى نفسه فلا يتصف بالاحكام الخمسة كما ذكره المصنف نعم يمكن ان يتصف بالاحكام الخمسة بلحاظ العناوين الثانوية ·

الجهة الرابعة : أن الاحتكار حرام اذا كان يترك الناس بغير طعام مع احتياجهم اليه وأما لو كان غرضه جمع الطعام وبيعه فى وقت نزول العسكر أو الزوار لئلا يقعوا فى مضيقة فلا يكون الاحتكار حراما وباعتبار هذه العناوين الطارية يكون الاحتكار متصفا بالاحكام الخمسة ولكن الاحتكار فى نفسه ، اما حرام أو مباح ، كما لا يخفى ·

الخامس : الظاهر أنه لا اشكال فى جواز اجبار المحتكر على البيع حتى بناء على كراهة الاحتكار ولكن ليس للحاكم الاّ الاجبار على البيع فقط ، و اما التسعير فليس له ذلك ، بل للمالك أن يعين ذلك لان الناس مسلطون على أموالهم وقد ورد فى بعض الاحاديث (١) أنه سئل النبى (ص) عن الشعير فقال (ص) انه فى يد الله ، نعم لو اجحف فى القيمة بحيث كان ازديادتها نحوا من الاحتكار يمنع الحاكم عن ذلك بحيث يبيع المالك بقيمة

---

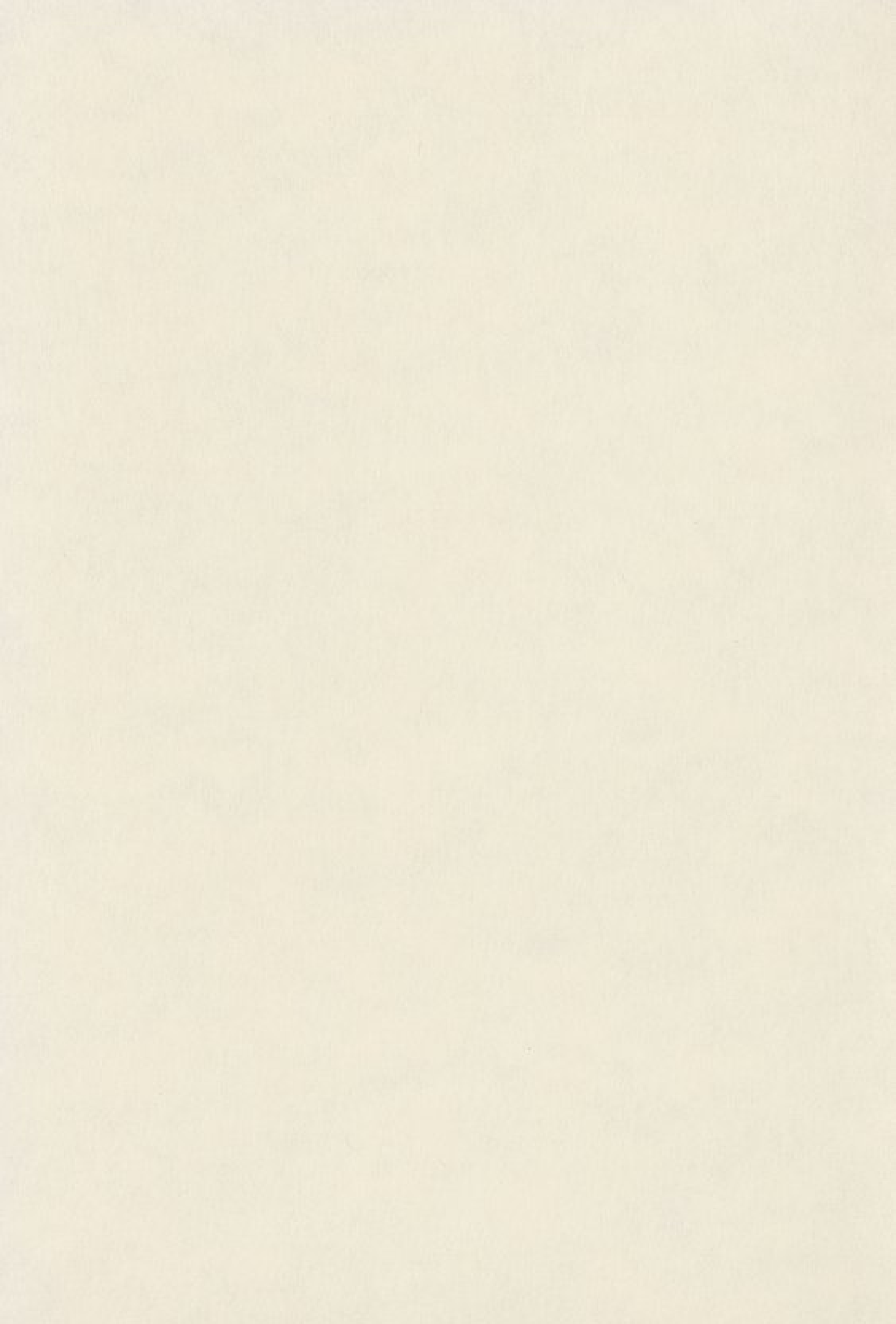
(١) وسائل : ج ١٢ ص ٣١٧ باب ٣٠ حديث ١

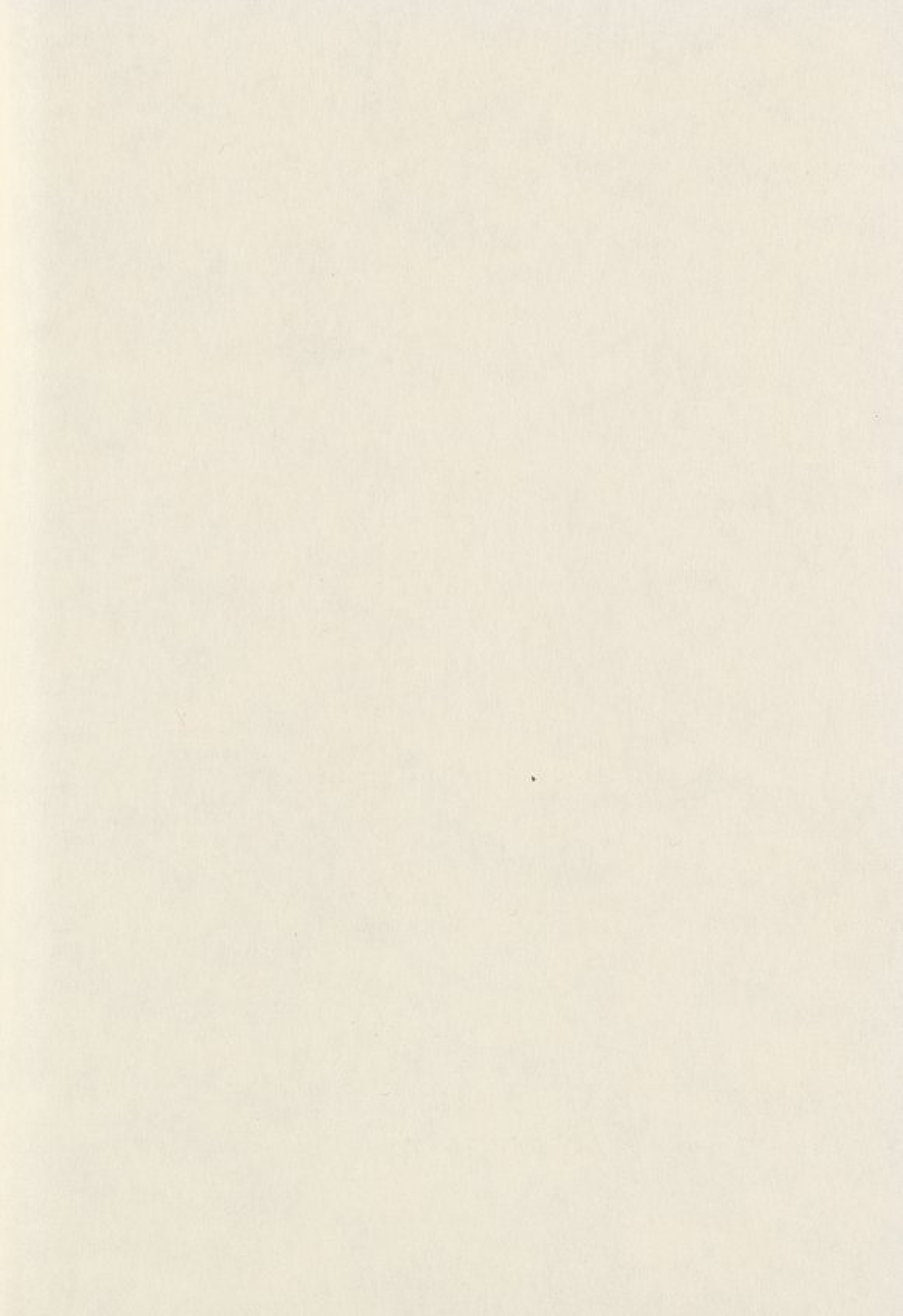
السوق ،أو أكثر منه ، بمقدار لا يمنع الناس عن الشراء ، بأن تكون قيمة كل حقة من الحنطة مائة فلس و يبيع المحتكر بدينارين فانه أيضا احتكار ، كما لا يخفى .

الحمد لله أولا و آخر وظاهرا و باطنا ،وقد وقع الفراغ عن كتاب البيع فی يوم الأحد ٢٤ شهر جمادی الاولی سنة ١٣٧٥ هـ ،ويتلوه ان شاء الله تعالی المجلد السادس بتوفيق الملك العلام ،و الحمد لله وحده و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين و سلم تسليما .

الفهرست

الموضوع	الصفحة






VETVS & NOVVM TESTAMENTVM
DEI·SVB·NVMINE·VIGET
PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY


WERT
BOOKBINDING
Grantville, Pa
JAN-FEB 1991


Princeton University Library
32101 061871172